نظرية النيابة في التصرفات
في
التشريع الإسلامي والقانونين المصري والكويتي

للدكتور

محمود محمد حسن

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية

كلية الحقوق - جامعة المنصورة

والمحامي بالنقض والإدارية العليا

الناشر

دار القلم بالمنصورة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

نحمدك اللهم ونستعينك ونستهديك ونستلهمك الصواب والتوفيق ، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ، صلاة وسلاما دائمين متلازمين إلى يوم الدين .

" وبعد "

فإن الفقهاء الذين أسسوا علم الفقه الإسلامى لم يقوموا بوضع نظريات عامة تشتمل على القواعد العامة والأحكام المشتركة لموضوع واحد ، ويرجع ذلك إلى طبيعة نشأة وتكوين هذا العلم ، حيث كانت غايتهم بيان أحكام الوقائع الجزئية التى حدثت فى حياتهم أو من المفترض حدوثها .

ولما لم يجد الباحثون فى العصر الحاضر جديدا يمكن إضافته إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامى من شمولية ودقة وعمق ، اهتموا بوضع نظريات عامة تجمع الأحكام المشتركة والقواعد العامة لموضوع معين ، كنظرية المال والملك ، ونظرية العقد ، ونظرية الضرورة وغير ذلك .

ولما كان الإنسان فى حاجة إلى غيره ليعقد له العقود ويقوم بالتصرفات التى يحتاج إليها ، إما لعجزه وقصوره عن القيام بها بنفسه ، وإما لأنه يتصرف فى أمواله تصرفات غير سوية ، كما أنه قد يعجز عن التصرف فى ماله لكثرته وقلة هدايته أو كثرة اشتغاله ، وقد يترفع عن القيام بالتصرفات الدنيئة فى حق أشراف الناس ، لما كان الأمر كذلك ، اخترت موضوع النيابة فى التصرفات لأبين أحكامه فى الفقه الإسلامى والقانونين المصرى والكويتى نظرا لأهمية معرفة هذه الأحكام والوقوف عليها بسهولة ويسر .

وقد قسمت هذا البحث إلى فصل تمهيدى وبـــابين ، **خصصـــت الفصـــل التمهيدى** لبيان معنى النظرية والقاعدة والنيابة وقسمته إلى مبحثين :

المبحث الأول : فى تعريف النظرية والقاعدة والفرق بينهما .

المبحث الثانى : فى تعريف النيابة وحكمها .

أما **الباب الأول** فقد تكلمت فيه عن النيابة الشرعية أو غير الاتفاقية وقـــد قسمته إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : فى الولاية وأنواعها .

الفصل الثانى : فى الوصاية .

الفصل الثالث : فى القوامـــة .

وأما **الباب الثانى** فقد بينت فيه أحكام النيابة الاتفاقية وهى الوكالة ، وقـــد قسمته إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : فى تعريف الوكالة وأركانها .

الفصل الثانى : فى آثار النيابة الاتفاقية .

الفصل الثالث : فى انتهاء النيابة الاتفاقية .

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم .

المؤلف

فصل تمهيدى

فى

تعريف النظرية والقاعدة والنيابة

نتكلم فى هذا الفصل عن تعريف النظرية والقاعدة وأنواعها ، والفـــرق بين القاعدة الفقهية والنظرية ، ثم نعرف النيابة ونبين أنواعها وحكم كل نـــوع وذلك كله فى مبحثين اثنين :

المبحث الأول : فى تعريف النظرية والقاعدة والفرق بينهما .

المبحث الثانى : فى تعريف النيابة وحكمها .

المبحث الأول

فى

تعريف النظرية والقاعدة والفرق بينهما

أولاً : تعريف النظرية :

النظرية مشتقة من النظر وهو فى اللغة : تأمل الشئ بالعين ، وجمعها نظريات [(١)].

أما فى الاصطلاح فقد عرف البعض النظرية الفقهية بأنها :

موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية حقيقتها أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا [(٢)]. وذلك كنظرية المال والملك ونظرية العقد ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الإثبات ونظرية الأهلية وما شاكل ذلك [(٣)].

ثانياً : تعريف القاعدة :

تتنوع القاعدة إلى : قاعدة فقهية وقاعدة أصولية وقاعدة تشريعية وإليك بيان كل من هذه القواعد .

أ- القاعدة الفقهية :

القاعدة فى اللغة : الأساس وكل ما يرتكز عليه الشئ فهو قاعدة ، وجمعها قواعد وهى أسس الشئ وأصوله سواء أكان هذا الشئ حسيا كقواعد

---

(١) الصحاح / نظر .

(٢) القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها للدكتور صالح بن غانم السدلان ، ص ١٥.

(٣) راجع النظريات الفقهية للمؤلف المال ، الملك ، العقد .

البيت أم معنويا كقواعد الدين ودعائمه (١).

أما فى الاصطلاح : فقد عرف البعض القاعدة الفقهية بأنها : " حكم كلى ينطبق على جزئياته ليتعرف على أحكامها منه " (٢).

وعرفها الزرقاء بأنها : " أصول فقهية كلية فى نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة فى الحوادث التى تدخل تحت موضوعها " (٣).

وعرفها الندوى بأنها : " حكم شرعى فى قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها " (٤).

فهذه القواعد تحتوى على مجموعة من الأحكام الشرعية من أبواب مختلفة ويربطها جانب فقهى مشترك .

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية :

١-تتضمن القاعدة الفقهية حكما فقهيا فى ذاتها ، وهذا الحكم ينتقل إلى ما يندرج تحتها من فروع ، فقاعدة " اليقين لا يزول بالشك " تضمنت حكما فقهيا فى كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك ، أما النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكما فقهيا فى ذاتها كنظرية الملك والفسخ والبطلان (٥).

٢-القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط ، أما النظرية الفقهية فلابد من أن تشتمل على ذلك (٦). فالقاعدة الفقهية بمثابة ضوابط بالنسبة إلى

---

(١) المفردات فى غريب القرآن للأصفهانى ، ص ٤٠٩.

(٢) التلويح على التوضيح للتفتازانى ، حـ١ ، ص ٢٠.

(٣) المدخل الفقهى العام ، حـ٢ ، ص ٩٤٦.

(٤) القواعد الفقهية للندوى ، ص ٤٣ وما بعدها.

(٥) النظريات العامة للمعاملات فى الشريعة الإسلامية للدكتور أبو سنة ، ص ٤٤ .

(٦) المرجع السابق ، ص ٤٤.

تلك النظريات ، فقاعدة : " العبرة فى العقود بالمقاصد " – مثلا – ليست سوى ضابط من ناحية مخصوصة من نظرية العقد ، وهكذا بقيت القواعد [1].

ب- القاعدة الأصولية والفرق بينها وبين القاعدة الفقهية :

القواعد الأصولية هى قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية الخاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهى للتحريم والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك [2].

والقواعد الفقهية تشبه القواعد الأصولية من جهة أن كلا منهما قواعد تندرج تحتها جزئيات [3].

ولكن هناك عدة فوارق رئيسية بينهما منها ما يلى [4]:

١-إن علم أصول الفقه بالنسبة للفقه ميزان وضابط للاستنباط الصحيح عن غيره شأنه فى ذلك شأن علم النحو لضبط النطق والكتابة ، أما القاعدة الفقهية فهى قضية كلية أو أكثرية جزئياتها بعض مسائل الفقه وموضوعها دائما هو فعل المكلف .

٢- القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها أما القواعد الفقهية فإنها أغلبية يكون الحكم فيها على أغلب الجزئيات وتكون لها مستثنيات [5].

---

(١) القواعد الفقهية الكبرى للدكتور صالح السدلان ، ص ١٦.

(٢) الفروق للقرافى ، حـ١ ، ص ٣،٢.

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجانى نقلا عن القواعد الفقهية الكبرى للدكتور السدلان ، ص ٢٠.

(٤) أنظر القواعد الفقهية الكبرى للكتور السدلان ، ص ٢١ ، ٢٢.

(٥) القواعد الفقهية للندوى ، ص ٥٨ ، ٥٩.

٣-القواعد الفقهية متأخرة فى وجودها الذهنى والواقعى عن فروعها لأنـــها جمع لأشتاتها وربط بينها وجمع لمعانيها ، أما الأصول فالفرض الذهنـــى يقتضى وجودها قبل الفروع لأنها القيود التى أخذ الفقيه نفسه بـــها عنــد الاستنباط ككون ما فى القرآن الكريم مقدما على ما جـــاءت بـــه الســنة الشريفة .. إلخ [١].

٤-معظم مسائل أصول الفقه لا ترجع إلى خدمة حكمة الشريعة الإســـلامية ومقصدها ولكنها تدور حول محور استنباط الأحكام من ألفـــاظ الشـــارع بواسطة قواعد يتمكن العارف من انتزاع الفروع منـــها ، أمـــا القواعــد الفقهية فإنها تخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصـــة وتمـــهد الطريـــق للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها [٢].

جـ – القاعدة التشريعية والفرق بينها وبين القاعدة الفقهية :

القواعد التشريعية : هى القواعد التى أنزلـــها الشـــارع بيقيـــن ورودا ودلالة، ومن ثم فلا محل لاختلاف الفقهاء بشأنها ، ويلحق بها ما أجمع عليـــه الفقهاء أخذا من نصوص عديدة تضافرت على ما أجمعوا عليه [٣].

أما **القواعد الفقهية** : فهى القواعد التى يستنبطها الفقهاء من النصـــوص التى تحتمل التأويل ، أو هى القواعد التى ترد فى نصـــوص هـــى أحـــاديث الآحاد الصحيحة والتى لا تحتمل التأويل ، تعتبر أضعف من القرآن الكريـــم ، لأن نصوصه كلها متواترة [٤].

---

(١) مالك لأبى زهرة ، ص ٢٣٦ ، ٢٣٧.

(٢) القواعد الفقهية للندوى ، ص ٦١.

(٣) القواعد الفقهية الكبرى للسدلان ، ص ١٧.

(٤) المرجع السابق ، ص ١٧.

ومن أمثلة القواعد التشريعية : إجماع العلماء على أن الأصل فى العقيدة والعبادات الحظر لا الإباحة فلا يجوز زيادة أو نقصان شئ ولو يسيرا فى هذه الأمور .

ومن أمثلة القواعد الفقهية فى مقابل هذه القاعدة التشريعية قول بعض العلماء : " إن الأصل فى العقود والشروط الإباحة لا الحظر " فقد اختلف العلماء فيها لأنه ليس فيها نص محكم فذهب الشافعية والظاهرية إلى أن الأصل فى هذه الأمور هو الحظر لا الإباحة .

ويرى الحنفية ذلك أيضا ولكنهم يفتحون بابا للعرف فيجيزون استحداث عقود وشروط جديدة لم يرد معها نص إذا تعارف الناس عليها ، وتوسع المالكية والحنابلة فى العقود والشروط .

وتختلف القواعد التشريعية عن القواعد الفقهية فيما يلى :

١-القواعد التشريعية يستحيل أن يختلف عليها العلماء ، أما القواعد الفقهية فاختلاف العلماء عليها وارد لأنها مستنبطة من النصوص التى تحتمل التأويل.

٢-القواعد التشريعية العمل بها واجب على الجميع ، أما القواعد الفقهية فيجب على الجميع العمل ببعضها إما اجتهادا أو اتباعا أو تقليدا .

وتتفق القواعد التشريعية والقواعد الفقهية فيما يلى :

١-أن كلا منهما تمثل قاعدة تحتها عدة فروع .

٢-أن كلا منهما تعبر عن الشريعة الإسلامية ، ولكن القواعد التشريعية يقينية أما القواعد الفقهية فراجحة الظن .

٣-أن كلا منهما تتمتع بالعمومية والتجريد فهى لا تخص أشخاصا بذواتهم

ولا وقائع معينة ، فنصوص القرآن ونصوص السنة لا تخص أشخاصا بعينهم ولا وقائع بعينها ، والعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب [1].

(١) أصول القانون والقواعد الفقهية للدكتور / عباس حسنى ، ص ٢١ وما بعدها ؛ حاشية البجيرمى على منهج الطلاب ، حـ٢ ، ص ١٨٨ ؛ المحلى لابن حزم ، حـ٨ ، ص ٤١٢ ، ٤٢٠ ؛ المبسوط ، حـ١٢ ، ص ١٣٨ ؛ المغنى ، حـ٤ ، ص ٢٠٢ القواعد الفقهية الكبرى للسدلان ، ص ١٧ وما بعدها .

المبحث الثانى
فى
تعريف النيابة وحكمها

نتكلم فى هذا المبحث عن تعريف النيابة وأنواعها وحكم كل نوع وذلك فى مطلبين :

المطلب الأول : تعريف النيابة .

المطلب الثانى : أنواع النيابة وحكم كل نوع .

المطلب الأول
فى
تعريف النيابة

النيابة فى اللغة : أن يجعل إنسان إنسانا نائبا عنه فى أمر ، ففى لسان العرب وغيره : ناب عنى فى هذا الأمر نيابة إذا قام مقامك .

والنائب : من قام مقام غيره فى أمر أو عمل [(١)].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحى عن المعنى اللغوى .

المطلب الثانى
فى
أنواع النيابة وحكم كل نوع

تتنوع النيابة إلى نوعين : نيابة شرعية ونيابة اتفاقية ، وإليك بيان حكم كل منهما .

---

(١) لسان العرب ، المعجم الوسيط ، تاج العروس ، معجم متن اللغة .

أولا : النيابة الشرعية

(غير الاتفاقية)

النيابة الشرعية ثابتة ومقررة من قبل الشارع الحكيم على العاجزين عن التصرف بأنفسهم بسبب الصغر وما فى معناه ، يدل على ذلك القرآن الكريم والسنة المطهرة ، والمعقول .

أولا : القرآن الكريم :

١- قول الله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » [١].

٢- وقوله سبحانه : « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » [٢] .

٣- وقوله عز وجل : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن »[٣].

٤- وقول الله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم»[٤]

فهذه الآيات الكريمات خطاب للأولياء على المال والنفس .

ثانيا : السنة المطهرة .

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى ، وأيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، باطل ، باطل ، فإن لم يكن لها ولى

---

(١) سورة النساء ، الآيتان : ٥،٦ .

(٢) سورة البقرة ، الآية :٢٢١ .

(٣) سورة البقرة ، الآية : ٢٣٢ .

(٤) سورة النور ، الآية : ٣٢ .

فالسلطان ولى من لا ولى له »[1] .

٢- روى الخمسة[2] . إلا النسائى عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له »[3].

فهذان الحديثان يدلان على بطلان الزواج الذى يتم بدون ولى المرأة.

٣- قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « كفى بالمرء إثما أن يضع من يعول » [4].

ثالثا : المعقول .

أما المعقول فهو أن ثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لأنه من باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان ، وكل ذلك حسن عقلا وشرعا ، كما أن ذلك من باب شكر النعمة وهى نعمة القدرة ، إذ شكر كل نعمة على حسب هذه النعمة ، فشكر نعمة القدرة معونة العاجز ، وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا فضلا عن الجواز [5].

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ، حـ٦، ص١١٨ ؛ سبل السلام للصنعانى ،حـ٣، ص١٢٧ .

(٢) الخمسة هم : أحمد بن حنبل وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى ، حـ٧ ، ص٢٨٢ .

(٤) أخرجه مسلم ، حـ٢ ، ص٦٩٢ .

(٥) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٢ .

ثانيا : النيابة الاتفاقية

النيابة الاتفاقية هى الوكالة وقد أجمع الفقهاء [(١)] على أن الوكالة جائزة فـــى الجملة ، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والإجماع :

أولا : القرآن الكريم :

١-قوله تعالى : « إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليـــها » [(٢)].

فقد جوز الله تعالى العمل على الزكاة وذلك بحكم النيابة عن المســـتحقين لها [(٣)].

٢-وقوله عز وجل : « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيـــها أذكى طعاما فليأتكم برزق منه وليتلطف ولا يشعرن بكم أحدا » [(٤)].

فهذه الآية الكريمة صريحة فى جواز الوكالة فى البيع والشراء .

٣-وقوله تعالى : « قال اجعلنى على خزائن الأرض إنى حفيظ عليم » [(٥)].

٤-وقوله تعالى : « وقال لفتيانه اجعلوا بضـــاعتهم فـــى رحالـــهم لعلـــهم يعرفونها » [(٦)].

٥-وقوله سبحانه وتعالى : « إذهبوا بقميصى هذا فألقوه على وجه أبى يـأت بصيرا وأتونى بأهلكم أجمعين » [(٧)].

---

(١) ابن عابدين حـــ٥ ، ص٥٠٩ ، الكنز للزيلعى ، حــ٤ ، ص٢٥٤ ، حاشية الدسوقى ، حــ٣ ، ص٣٣٩ ، المجموع ، حــ١٣ ، ص٥٣٥ ، نهاية المحتـاج ، ح٥ ، ص١٥ ، المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٠١ .

(٢) سورة التوبة ، الآية : ٦٠.

(٣) ابن كثير حـــ٢ ص ٣٦٤.

(٤) سورة الكهف ، الآية : ١٩.

(٥) سورة يوسف ، الآية : ٥٥.

(٦) سورة يوسف ، الآية : ٦٢.

(٧) سورة يوسف ، الآية : ٩٣.

فهذه الآيات الثلاث صريحة فى النص على جواز الوكالة .

ثانيا : السنة المطهرة :

أما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة تدل على جواز الوكالة منها :

١-عن عروة بن أبى الجعد البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى به له شاة ، فاشترى له به شاتين ، فباع أحدهما بدينار وجاءه بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه »[١].

فهذا الحديث يدل على جواز الوكالة فى البيع والشراء .

٢-وعن حكيم بن حزام أن النبى صلى الله عليه وسلم بعثه ليشترى له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ضح بالشاة وتصدق بالدينار » رواه الترمذى [٢].

فهذا الحديث يدل على جواز التوكيل فى شراء الأضحية وتقسيمها والتصدق بالمال .

٣-وعن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال: « واغديا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » [٣].

فهذا الحديث يدل على جواز التوكيل فى إثبات الحد ، واستيفائه.

٤-قال على بن أبى طالب " أمرنى النبى صلى الله عليه وسلم أن أقوم على

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ، حـ٦ ، ص٥.

(٢) نيل الأوطار ، حـ٦ ، ص٥،٦.

(٣) نيل الأوطار ، حـ٦ ، ص٢٠ ، فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، حـ٥ ، ص ٣٩٧.

بدنه وأقسم جلودها وجلالها » [1].

فهذا الحديث يدل على جواز توكيل صاحب الهدى من يقوم على تقسيم جلودها وجلالها .

٥-وعن سليمان بن يسار أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا رافع مولاه ورجلا من الأنصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث وهو بالمدينة قبل أن يخرج » رواه مالك فى الموطأ [2].

فهذا الحديث يدل على جواز التوكيل فى النكاح من الزوج .

ثالثا : الإجماع :

أجمع المسلمون على مشروعية الوكالة منذ عصر الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا . لم يخالف فى ذلك أحد من المسلمين .

يقول ابن قدامة [3] : « وأجمعت الأمة على جواز الوكالة فى الجملة ».

ويقول ابن الهمام [4]: « ... وبالإجماع فإن الأمة قد أجمعت على جوازها من لدن محمد صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا ».

وقد تكون الوكالة غير جائزة وذلك فى الأمور المحرمة ، كالتوكيل فى الجنايات والحدود والظهار ونحو ذلك . لأن الموكل لا يجوز له فعل هذه المحرمات فلا يجوز له التوكيل فيها . وكذلك لا تصح الوكالة فى الأمور التى تطلب الشارع من المكلف أن يفعلها بنفسه ، كالعبادات البدنية كالصلاة ، والصوم . كما سنرى .

---

(١) نيل الأوطار ، حـ٦ ، ص٢٠ ، فتح البارى ، حـ٥ ، ص ٣٨٥.
(٢) نيل الأوطار ، حـ٦ ، ص ٣.
(٣) المغنى ، حـ٢ ، ص ٢٠١ ، وانظر ، منتهى إيرادات ، حـ٢ ، ص ٤٦١.
(٤) شرح فتح القدير ، حـ٧ ، ص ٤٩٩.

الباب الأول

فى

النيابة الشرعية

نتكلم فى هذا الباب عن : الولاية والوصاية والقوامة ، وذلك فى فصـــول ثلاثة :

الفصل الأول : فى الولاية وأنواعها.

الفصل الثانى : فى الوصاية.

الفصل الثالث : فى القوامة.

الفصل الأول
فى
الولاية وأنواعها

الولاية فى اللغة : بالفتح والكسر : القدرة والنصرة والتدبير ، يقال : هم على ولاية أى مجتمعون فى النصرة .

والولى هو : المحب والصديق والنصير أو الناصر ، وقيل : المتولى لأمور العالم والخلائق القائم بها ، وولى اليتيم الذى يلى أمره ويقوم بكفايته ، وولى المرأة : الذى يلى عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه[1].

وفى الاصطلاح هى : القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة أحد . فإن كانت هذه العقود والتصرفات متعلقة بمن قام بها سميت الولاية ولاية قاصرة ، وإن كانت متعلقة بغيره سميت ولاية متعدية [2].

وعرفت كذلك بأنها " تنفيذ القول على الغير "[3] . وقيل هى : " قيام شخص كبير رشيد على شخص قاصر فى تدبير شؤونه الشخصية والمادية " [4].

وتتنوع الولاية إلى نوعين باعتبار محلها : ولاية على المال وولاية على النفس ، فالأولى تتصرف إلى إدارة أموال القاصر ومن فى حكمه بما يحفظها

---

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، المغرب.

(٢) رد المحتار على الدر المختار حـ٦ ص ٦٤٧ ، الشرح الكبير حـ٤ ص ٣٧٥ ، الإقناع حـ٤ ص ٢٤.

(٣) حاشية ابن عابدين حـ٢ ص ٢٩٦.

(٤) موسوعة فقه عمر ص ٦٨٥ ، التعريفات للجرجانى ص ٢٣٩.

وينميها ، وتستمر هذه الولاية حتى بلوغ الخاضع لها سن الرشد .

أما الثانية وهى الولاية على النفس فتنصرف إلى تربية الصغير وتعليمه وتهذيبه وتزويجه . وما يهمنا هنا هو ولاية التزويج .

وعلى ذلك سوف نتكلم فى هذا الفصل عن الولاية على المال ، والولاية على النفس ، وذلك فى مبحثين اثنين :

المبحث الأول : فى الولاية على المال .

المبحث الثانى : فى الولاية على النفس .

المبحث الأول

فى

الولاية على المال

نتكلم فى هذا المبحث عن سببها ، والتصرفات التى يملكها الولى ، وعن أولياء المال وترتيبهم والشروط الواجب توافرها فى ولى المال وعلى من تكون هذه الولاية ومتى تنتهى وذلك فى ستة مطالب :

المطلب الأول : فى سبب الولاية .

المطلب الثانى : فى التصرفات التى يملكها الولى .

المطلب الثالث : فى أولياء المال وترتيبهم .

المطلب الرابع : فى شروط الولى .

المطلب الخامس : فى على من تكون الولاية على المال ؟

المطلب السادس : فى انتهاء الولاية .

المطلب الأول

فى

سبب الولاية على المال

وسببها الأبوة والقضاء ، لأن الجد من قبل الأب ، أب لكن بواسطة . ووصى الأب ووصى الجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك ولاية الأبوة من حيث المعنى ، ووصى القاضى يستفيد الولاية من القاضى فكان ذلك ولاية القضاء معنى .

أما الأبوة فلأنها داعية إلى كمال النظر فى حق الصغير لوفور شفقة الأب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله ، والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه ، وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع ، لأنه من باب الإعانة على البر والإحسان ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان . وكل ذلك حسن عقلا وشرعا ، ولأن ذلك من باب شكر النعمة ، وهى نعمة القدرة إذ شكر كل نعمة على حسب النعمة ، فشكر نعمة القدرة معونة العاجز ، وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا فضلا عن الجواز .

ووصى الأب قائم مقامه . لأنه رضيه واختاره فالظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إلا لعلمه بأن شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم ، ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصى خلفا عن الأب ، وخلف الشئ قائم مقامه كأنه هو .

والجد له كمال الرأى ووفور الشفقة ، إلا أن شفقته دون شفقة الأب ، فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الأب وولاية وصيه ووصى وصيه أيضا ، لأن تلك ولاية الأب من حيث المعنى كما سبق ، ووصى الجد قائم مقامه ، لأنه استفاد الولاية من جهته وكذا وصى وصيه . وأما القضاء ، فلأن

القاضى لاختصاصه بكمال العلم والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح وليا . لقوله صلى الله عليه وسلم : " السلطان ولى من لا ولى له " [1] إلا أن شفقته دون شفقة الأب والجد ، لأن شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا وكذا وصيه فتأخرت ولايته عن ولايتهما[2] .

المطلب الثانى
فى
التصرفات التى يملكها الولى

اتفق الفقهاء [3].على أن الولى لا يملك من التصرفات إلا ما يحقق المصلحة للمولى عليه ، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة .

أولا : القرآن الكريم :

١-قول الله تعالى : " ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن " [4].

٢-وقوله عزوجل"وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح"[5]

ثانيا : السنة المطهرة :

١- قول الرسول صلى الله عليه وسلم:"لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام"[6]

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٢،١٥٣ .

(٣) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٣٠٠-٣٠١ ، مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٤ وما بعدها ، كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ .

(٤) سورة الإسراء ، الآية ٣٤ .

(٥) سورة البقرة ، الآية ٢٢٠ .

(٦) نيل الأوطار ، حـ٥ ، ص٢٦٠ ، سنن ابن ماجه ، حـ٢ ، ص٧٨٤ .

٢ – وقوله عليه الصلاة والسلام : " من لم يرحم صغيرنا فليس منا " .

والإضرار بالصغير ليس من المرحمة فى شئ. وعلى ذلك : يمنع الولى من التصرف الذى لا خير فيه ولا شر، إذ لا مصلحة فيه وهو كذلك[١] .

ويجب على الولى حفظ مال الصبى عن أسباب التلف واستنماؤه قدر ما تأكله المؤن من نفقه وغيرها إن أمكن ، ولا تلزمه المبالغة [٢].

وليس للولى أن يتصرف تصرفا يضر بالمولى عليه ، فلا يجوز له أن يهب ماله بغير عوض، لأنه إزالة ملكه من غير عوض فكان ضررا محضا.

أما الهبة بعوض فقد اختلف فيها الفقهاء ، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أنه لا يجوز له ذلك أيضا ، لأنها هبة ابتداء ، بدليل أن الملك فيها يقف على القبض ، وذلك من أحكام الهبة ، وإنما تصير معاوضة فى الانتهاء ، وهو لا يملك الهبة ، فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة .

وذهب الإمام محمد بن الحسن [٣] والحنابلة [٤]. إلى أن له ذلك ، لأن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان فى معنى البيع فملكها كما يملك البيع ، واشترط الحنابلة لذلك أن يكون العوض قدر قيمته فأكثر . وهذا ما نرجحه بشرط أن يكون فى ذلك مصلحة للمولى عليه .

وليس للولى أيضا أن يتصدق بمال المولى عليه ولا أن يوصى به ، لأن التصدق والوصية إزالة الملك من غير عوض مالى فكان ضررا محضا فلا يملكه [٥].

---

(١) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٤ .
(٢) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٤ .
(٣) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ .
(٤) كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٥٠ .
(٥) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ .

أما التصرفات النافعة نفعا محضا فللولى أن يجريها ، فله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية ، لأن ذلك نفع محض فيملكه [١].

واختلف الفقهاء فى جواز بيع مال المولى عليه فذهب الحنفية [٢] إلى جواز ذلك بمثل قيمته وبأقل منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشترى له شيئا بمثل قيمته وبأكثر منها قدر ما يتغابن الناس فيه عادة .

وقال المالكية[٣] : للأب بيع مال ولده المحجور مطلقا . وإن لم يذكر سبب البيع ، بل وإن لم يكن له سبب مطلقا .

وعند الشافعية [٤] لا يملك الولى بيع العقار إلا لحاجة أو غبطة ظاهرة ، لأن العقار أنفع وأسلم مما عداه . وكالعقار آنية القنية من نحاس وغيره . وما عداهما لا يباع أيضا إلا لغبطة أو حاجة لكن يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل لائق بخلافهما .

ويجوز عندهم أيضا بيع أموال التجارة من غير تقييد بشئ وله أيضا البيع بالنسيئة للمصلحة التى يراها فيه .

ويرى الحنابلة [٥]، عدم جواز التصرف فى المال إلا على وجه الحظ والنظر للمولى عليه .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نصت المادة الرابعة من القانون المصرى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م على أن : " يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف

---

(١) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ .
(٢) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ .
(٣) الشرح الكبير بهامش ، حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٠٠-٣٠١ .
(٤) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٤-١٧٥ .
(٥) كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ .

فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون " .

من هذه المادة تتضح سلطة الولى كقاعدة عامة وهى : رعاية أموال القاصر وإدارتها والتصرف فيها طبقا لأحكام هذا القانون .

وقررت المادة الخامسة أنه : " لا يجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة " .

وفى المادة السادسة نص على أنه : " لا يجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن من المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه " .

كما نص فى المادة السابعة على أنه : " لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة " .

وفى المادة الثامنة نص على أنه : " إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها " .

ونصت المادة التاسعة على أنه : " لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة .

ونصت المادة العاشرة على أنه : " لا يجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة " .

ونصت المادة الحادية عشرة على أنه : " لا يجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن " .

وفى المادة الثانية عشرة نص على أنه : " لا يجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة " .

ونصت المادة الثالثة عشرة على أنه : " لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحا كان التبرع أو مستترا ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال " .

وفى المادة الرابعة عشرة قرر أن : " للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك " .

وفى المادة الخامسة عشرة قرر أنه : " لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها " .

ونصت المادة السادسة عشرة على أن : " على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير ، ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضا لمال القاصر للخطر " .

ونصت المادة السابعة عشرة على أن : " للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه ، وله كذلك أن ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته " .

من هذه المواد تتضح التصرفات التى يملك الولى القيام بها وذلك بعد استئذان المحكمةحتى تراقب أعمال الولى ومدى تحقيقها لمصلحة المولى عليه

كما نص القانون الكويتى على سلطة الولى فى المواد من ١٢٧-١٣٥.

فجاء فى المادة ١٢٧ ما يلى :

١-للولى أن يجرى عن صغيرة التصرفات النافعة له نفعا محضا .

٢-وإذا كان التبرع للصغير مقترنا بتكليف ، فإنه لا يسوغ للولى قبوله عنه بغير إذن المحكمة " .

وجاء فى المادة ١٢٨ ما يلى :

١-للولى أن يجرى عن صغيره التصرفات التى يقتضيها حفظ أمواله وإدارتها واستثمارها .

٢-على أنه لا يجوز للولى تأجير مال الصغير لمدة تتجاوز بلوغه سن الرشد بأكثر من سنة ، إلا بعد إذن من المحكمة " .

وقرر فى المادة ١٢٩ أنه : " للولى أن يجرى فى مال صغيره التصرفات بمقابل ، مع مراعاة القيود المقررة فى المواد التالية " .

ففى المادة ١٣٠ نص على أنه :" ليس للولى ، بغير إذن المحكمة ، أن يبيع عقار الصغير أو محله التجارى أو أن يؤجره لنفسه أو لزوجه أو لأقارب أحدهما إلى الدرجة الثالثة " .

وفى المادة ١٣١ جاء أنه : " لا يجوز للولى ، بغير إذن المحكمة ، أن يتصرف فى مال الصغير ، إذا تجاوزت قيمته مائتى ألف دينار " .

وجاء فى المادة ١٣٢ أنه : " إذا كان المال قد آل إلى الصغير بطريق الميراث أو التبرع ، واشترط المورث أو المتبرع ، عدم تصرف الولى فيه ، فإنه لا يجوز لهذا الأخير إجراء التصرف الممنوع عليه ، إلا عندما تقتضيه الضرورة ، وبشرط إذن المحكمة " .

ونص فى المادة١٣٣على أنه:" ١- لا يجوز للولى التبرع بمال الصغير.

٢- ومع ذلك ، إذا كان فى مال الصغير سعة ، فإنه يجوز للولى أن يتبرع بمال الصغير بما لا يبهظه ، إذا كان ذلك لغرض عائلى أو إنسانى وبشرط إذن المحكمة " .

وقرر فى المادة ١٣٤ أنه : " لا يجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه " .

كما قرر فى المادة ١٣٥ أنه : " لا يجوز للولى رهن مال الصغير ، إلا لدين على هذا الصغير نفسه " .

وأخيرا جاء فى المادة ١٣٦ أن : " جميع القيود الواردة على سلطة الولى لا تسرى بالنسبة إلى ما يكون قد آل منه إلى الصغير من مال على سبيل التبرع ، ولو كان ذلك بطريق غير مباشر " .

المطلب الثالث

فى أولياء المال وترتيبهم

اختلف الفقهاء فيمن يكون له الولاية على المال . فذهب الحنفية [١]. والشافعية [٢]. إلى أنها تكون . للأب ووصيه ، والجد ووصيه ، والقاضى ووصيه .

غير أنهم اختلفوا فى ترتيب هؤلاء الأولياء . فعند الحنفية . تكون الولاية للأب ثم وصيه ثم وصى وصيه ، ثم الجد ثم وصيه، ثم وصى وصيه

---

(١) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٥ .

(٢) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٣-١٧٤ .

ثم القاضى ، ثم من نصبه القاضى وهو وصى القاضى .

وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب عندهم . لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب . لأن ذلك مبنى على الشفقة ، وشفقة الأب فوق شفقة الكل ، وشفقة وصيه فوق شفقة الجد . لأنه مرضى الأب ومختاره فكان خلف الأب فى الشفقة ، وخلف الشئ قائم مقامه فكأنه هو . وشفقة الجد فوق شفقة القاضى . لأن شفقته تنشأ عن القرابة ، والقاضى أجنبى ولا شك أن شفقة القريب على قريبه ، فوق شفقة الأجنبى ، وكذا شفقة وصيه . لأنه مرضى الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته .

وإذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة . لأن ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة .

أما الشافعية فقالوا : تعطى الولاية أولا للأب ، ثم للجد ثم وصى من تأخر موته منهما ، لأنه يقوم مقامه . ثم للقاضى أو أمينه لقوله صلى الله عليه وسلم : " السلطان ولى من لا ولى له " . رواه الترمذى وحسنه والحاكم وصححه .

وذهب المالكية [١] . و الحنابلة [٢]. إلى أن الولاية تكون للأب ثم وصيه ثم وصى وصيه وإن بعد ، ثم يلى الوصى حاكم أومن يقيمه . واقتصر الحنابلة على ذكر وصى الأب فقط .فلا ولاية للجد عندهم إلا بإيصاء من الأب . لأنه لا يدلى بنفسه وإنما يدلى بالأب فهو كالأخ والأم وسائر العصبات لا ولاية لهم . لأن المال محل الخيانة[٣] .

---

(١) الشرح الكبير ، بهامش حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٣٠٠-٣٠١ .
(٢) الإقناع ، لشرف الدين الحنبلى، حـ٢ ، ص٢٢٣ ، كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧.
(٣) كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نصت المادة الأولى من القانون المصرى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أن: " للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصيا الولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولا يجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن من المحكمة" .

من هذه المادة يتضح أن القانون أثبت الولاية على المال للأب ثم وصيه ثم للجد الصحيح كما قال الحنفيةولكنه خالفهم فى عدم النص على وصى الجد

كما نص القانون الكويتىرقم٦٧لسنة١٩٨٠فى المادة١١٠منه على ما يلى:

١-ولاية مال الصغير لأبيه ، ثم للوصى المختار من الأب ، ثم للجد لأب ، ثم للوصى الذى تعينه المحكمة ، وذلك مع مراعاة ما تقضى به المادة ١١٢ .

٢-ولا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية بغير عذر مقبول " .

ونص فى المادة ١١٢ على ما يلى "

١- إذا كان الصغير كويتيا ، ولم تثبت الولاية على ماله لأبيه أو للوصى المختار من أبيه أو لجده ، فإن الوصاية على ماله تثبت لإدارة شئون القصر، وفقا لما يقضى به القانون ، وعلى ذلك ما لم تعين له المحكمة وصيا آخر .

٢- ويجوز للمحكمة،فى أى وقت ، وبناء على طلبه أى ذى شأن ، أن تعين وصيا آخر بدلا من إدارة شئون القصر ، إذا رأت فى ذلك مصلحة القاصر".

وفى المادة ١١٣ قرر أنه :

١- لا يعتبر اختيار الأب وصيا لصغيره ، إلا إذا جاء فى ورقة رسمية ، أو فى ورقة مصدق فيها على توقيع الأب ، أو فى ورقة مكتوبة بخط الأب وممهورة بإمضائه .

٢- وللأب فى أى وقت أن يعدل عن اختياره وصيا لصغيره، ويعتد بعدوله

ولو لم يأت فى الشكل الذى رسمه القانون لحصول اختياره .

٣- ويعرض الوصى الذى اختاره الأب لصغيره على المحكمة لتثبيته " .

وقررت المادة ١٢٢ منه أنه : " يجوز للمحكمة بناء على طلب إدارة شئون القصر أو أى ذى مصلحة أن تقيم للصغير وصيا خاصا ، تحدد سلطته ، يتولى الولاية عليه فى شأن معين ، كلما اقتضت ذلك مصلحته ، ويجوز لها ذلك على الأخص :

(أ) إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة وليه الشرعى أو مصلحة زوجه أو مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله .

(ب) إذا تعارضت مصلحة الصغير مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصولهما أو فروعهما أو مع مصلحة شخص يتولى الولاية على ماله " .

المطلب الرابع
فى
شروط الولى على المال

يشترط فى الولى ما يلى :

١- العقل والبلوغ : فلا يثبت الولاية للمجنون والصبى ، لأنهما ليسا من أهل الولاية . ولهذا لم يثبت لهما الولاية على أنفسهما مع أنهما أقرب إليهما فلأن تثبت على غيرهما أولى [١].

٢- إسلام الولى : إذا كان المولى عليه مسلما . فإن كان كافرا لا تثبت عليه الولاية . لقوله عز وجل : " ولن يجعل الله الكافرين على المؤمنين سبيلا ".ولأن تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز [٢].

---

(١) البدائع ، حـ ٢ ، ص٢٣٩ .

(٢) البدائع ، حـ٥ ، ص١٥٣ ، مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٣ ، كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٧ ، الكنز ، حـ٢ ، ص١٢٥ .

٣- **العدالة** : وتكفى العدالة الظاهرة فى الأب والجد . لوفور شـفقتهما . ولكن تشترط العدالة فى القاضى [(١)].

٤- **القدرة على القيام بالتصرفات التى تقتضيها الولاية** : حتى تتحقـق الحكمة من تقريرها وهى : المحافظة على أموال المولى عليه والعمل علـى تنميتها واستثمارها وإبرام العقود والتصرفات اللازمة لتحقيق هذه الغاية .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نصت المادة الثانية من القانون المصرى على أنه : " لا يجـوز للولـى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هـذا الحق فيما يتعلق بما له هو "من هذه المادة يتضح أنه يشترط فـي الولـي أن تكون له الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات علي أمواله هو ، وهو ما يتفـق مع ما اشترطه الفقهاء في الولي .

كما نصت المادة ١١١ من القانون الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ علـي انه " يلزم ان يكون الولي أو الوصي عدلا وكفؤا ، كما يلزم أن يكون بالغـا رشيدا غير محجور علية لجنون أوعته أوغفلة أوسفه ، ألا يكون قـد أشـهر إفلاسه ما لم يرد له اعتباره ، وذلك كله دون إخلال بما يتطلبـه القـانون أو الشريعة الإسلامية من شروط أخرى "

المطلب الخامس

فى

على من تكون الولاية على المال

تقام الولاية على الصغير ومن فى حكمه. فلا تثبت الولاية على الكبير . لأنه يقدر على دفع حاجة نفسه ، فلا حاجة إلى إثبات الولاية عليـه لغـيره .

---

(١) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص١٧٣-١٧٤ ، الإقناع ، حـ٢ ، ص٢٢٣ ، كشاف القناع ، حـ٣ ، ص٤٤٦ .

وهذا لأن الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة ، ولا ضـــرورة حالة القدرة فلا تثبت [1].

موقف القانونين المصرى والكويتى :

تقام الولاية على مال القاصر ، ويتضح ذلك مـــن نصـــوص القـــانونين المصرى والكويتى .

المطلب السادس
فى
انتهاء الولاية

تنتهى الولاية ببلوغ الصغير عاقلا رشيدا ، وبوفاة الولى أو فقدانه لشرط من شروط الولاية .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نصت المادة الثامنة عشرة على أن : " تنتهى الولايـــة ببلـــوغ القـــاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هـــذه الســـن باســـتمرار الولاية عليه " .

من هذه المادة يتضح أن الولاية تنتهى ببلوغ القاصر سن الرشـــد وهـــو إحدى وعشرون سنة ميلادية إلا إذا حكمت المحكمة باستمرار الولاية عليـــه قبل بلوغه هذه السن .

ونصت المادة التاسعة عشرة على أنه : " إذا انتهت الولاية على شـــخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر " .

وجاء فى المادة العشرين أنه : " إذا أصبحت أموال القاصر فـــى خطـــر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايتـــه أو

---

(١) البدائع ، حـــ٥ ، ص١٥٣ ، كشاف القناع ، حـــ٣ ، ص٤٤٢ .

تحد منها " .

من هذه المادة يتضح أن للمحكمة سلب الولاية أو الحد منها إذا عــرض الولي أموال القاصر للخطر .

وجاء في المادة الحادية والعشرين أنه : " تحكم المحكمة بوقف الولايــة إذا اعتبر الولي غائبا أو اعتقل تنفيذا لحكم بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة تزيـد على سنة " .

ونصت المادة الثانية والعشرون على أنه : " يترتب على الحكـم بسـلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال " .

ونصت المادة الثالثة والعشرون على أنه : " إذا سلبت الولايــة أو حـد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسـباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها .

ومع ذلك لا يقبل طلب استرداد الولاية الذي سبق رفضه إلا بعد انقضـاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض " .

كما نصت المادة ١١٠ في الفقرة الثانية من القانون الكويتي على أنــه " لا يجوز للأب أو الجد أن يتنحى عن الولاية بغير عذر مقبول "

ونصت المادة ١١٤ منه على أنه : " ١- إذا توافــرت أسـباب جديـة يخشى معها الضرر على أموال الصغير من ولاية أبيه أو جــده أو الوصـي المختار كان للمحكمة بناء على طلب إدارة شئون القصر أو أي ذي شأن آخـر أن تقيد هذه الولاية أو تسلبها " .

وقضت المادة ١١٥ منه بأن : " ١- توقف المحكمة ولاية الأب أو الجـد أو الوصي المختار إذا ثبت غيبته وفقا للفقرة الثانية من المــادة ١٤١ ، كمـا توقفها إذا تنفذ عليه حكم بالحبس لمدة تزيد على سنة .

٢- وإذا أوقفت ولاية الأب أو الجد أو الوصي المختار تنتــهي الولايـة على مال الصغير أثناء الوقف وفقا لما تقضي به المادة ١١٠ " .

المبحث الثانى
فى
الولاية على النفس

نتكلم فى هذا المبحث عن : ولاية الحتم والإيجاب ، وولاية الندب والاستحباب ، ومن هم الأولياء فى الزواج ، وما هى شروط الولى ، والتصرف الذى يملكه ، وذلك فى أربعة مطالب :

المطلب الأول : فى ولاية الحتم والإيجاب .

المطلب الثانى : فى ولاية الندب والاستحباب .

المطلب الثالث : فى أولياء الزواج .

المطلب الرابع : فى شروط الولى ، والتصرف الذى يملكه .

المطلب الأول
فى
ولاية الحتم والإيجاب

وتسمى بولاية الإجبار ، وهى التى يكون فيها الحق للولى أن يزوج المولى عليها من شخص يرضاه هو حتى ولو رفضته هى ، ويسمى صاحبها ولى مجبر .

وقد اتفق الفقهاء [1] على أن المرأة إذا كانت ثيبا بالغة عاقلة لا تجبر على الزواج مطلقا ، وإنما لابد من رضاها بالزوج ، واستدلوا على ذلك بالسنة المطهرة والمعقول :

---

(١) البدائع،حـ٢،ص١٢٤١،الهداية مع فتح القدير،حـ٣،ص١٥٧،حاشية الدسوقى، حـ٢ ، ص٢٢٢،الخرشى،حـ٢،ص١٧٩،بداية المجتهد،حـ٢ص٦؛مغنى المحتاج، ؛حـ٣ص١٤٩؛نهاية المحتاج،حـ٦، ص٢٢٤ ، المغنى ، حـ٩ ، ص ٤٠٦ ، ٤٠٧.

أولا : السنة المطهرة :

١-قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها »[1].

٢-وقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابن عباس : « ليس للولي مع الثيب أمر » [2].

ثانيا : المعقول :

لأنها رشيدة عالمة بالمقصود من النكاح مختبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل [3].

أما البكر البالغة العاقلة فقد اختلف الفقهاء في تزويجها جبرا عنها ، فذهب المالكية [4]. والشافعية [5] والإمام أحمد في رواية [6] إلى أنها تجبر على النكاح وتزوج بغير إذنها وهو قوا ابن أبي ليلى واسحق [7].

واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة والمعقول :

أولا : القرآن الكريم :

قول الله تعالى : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » [8]. فالآية الكريمة تنهى عن عضل المرأة أي منعها من الزواج ، وهذا النهي يفيد إعطاء الولي سلطة في تزويج الفتاة ، ومتى كانت له هذه السلطة كان من حقه أن يجبرها عليه .

وأجيب عن ذلك بأن الآية تنهى الأولياء عن أن يمنعوا النساء من الزواج ، وهذا دليل على أن نكاح المرأة يكون برضاها وليس للولي الحق في إجبارها عليه .

---

(١) نيل الأوطار ، حـ٧ ، ص ٢٨٥.
(٢) نيل الأوطار ، حـ٧ ، ص ٢٨٦.
(٣) مغني المحتاج ، حـ٣ ، ص ١٤٩ ، المغني ، حـ٩ ، ص ٤٠٧ .
(٤) الخرشي ، حـ٣ ، ص ١٧٤.
(٥) مغني المحتاج ، حـ٣ ، ص ١٤٩.
(٦) المغني ، حـ٩ ، ص ٣٩٩.
(٧) المغني ، ج٩، ص ٣٩٩.
(٨) سورة البقرة ، الآية ٢٣٢.

ثانيا : السنة المطهرة :

قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها مــن وليــها ، والبكر تستأذن وإذنها صماتها » رواه الجماعة إلا البخارى [1].

قالوا : لما قسم الحديث النساء قسمين وأثبت الحق لأحدهما ، دل علــى نفيه عن الآخر وهى البكر فيكون وليها أحق منها بــه ، ودلالة الحديث على الاستئذان ليس بواجب وإنما يستحب فقط .

وأجيب عن ذلك بأن طلب الإذن فى الحديث ليس على سبيل الاســتحباب وإنما للوجوب ، يدل على ذلك تخيير النبى صلى الله عليه وسلم للمرأة التــى زوجها أبوها جبرا عنها كما سيأتى .

ثالثا : المعقول :

أما المعقول فهو أن البكر تجهل مقصود النكاح ولا تفهم طبائع الرجـال ، ووليها أعرف بذلك منها فكان من حقه أن يجبرها عليه .

وذهب الحنفية [2]. والإمام أحمد فى الروايــة الثانيــة [3]. وأبــو بكــر والثورى وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر [4]. إلى أنها لا تجبر على الــزواج مطلقا واستندوا على ذلك بالسنة المطهرة والمعقول .

أولا : السنة المطهرة :

١-قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « ... ولا تنكح البكر حتى تســتأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف إذنها ؟ قال : « أن تسكت » [5] متفق عليه .

٢-روى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن « جارية بكرا أتت النبــى صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبى

---

(١) نيل الأوطار ، ج٧ ، ص ٢٨٥ – ٥٨٦.
(٢) البدائع،حــ٢،ص٢٤١؛الهدايةحــ٣، ص ١٦١ ، الكنز للزيلعى ، حــ٢ ، ص ١١٨.
(٣) المغنى ، حــ٩ ، ص ٣٩٩ .
(٤) المغنى ، حــ٩ ، ص ٣٩٩ .
(٥) نيل الأوطار ، حــ٧ ، ص ٢٨٦.

صلى الله عليه وسلم » [1].

ثانيا : المعقول :

١-أنها جائزة التصرف فى أموالها فلم يجز إجبارها كالثيب والرجل [2].

٢-أن الثيب البالغة لا تزوج إلا برضاها فكذا البكر البالغة [3].

والراجح هو ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم لقوة أدلتهم ، كما أن الزواج كأى عقد من العقود لابد أن يقوم على الرضا الصحيح وإلا لن يدوم وهذا هو المعمول به فى المحاكم المصرية ، كما نص القانون الكويتى رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ فى المادة التاسعة والعشرين فقرة ب على أنه : " يشترط اجتماع رأى الولى والمولى عليها ".

كما نص فى المادة الثلاثين على أن : " الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها ، الرأى لها فى زواجها .."

من هذين النصين يتضح أنه لابد من رضا المرأة فى الزواج بكرا كانت أو ثيبا .

مرجع الخلاف :

ويرجع الخلاف بين الحنفية . وغيرهم إلى أن الحنفية ذهبوا إلى أن العلة فى ثبوت ولاية الإجبار : الصغر أو ما فى معناه .

لذلك قالوا : لا تثبت هذه الولاية على البكر البالغة العاقلة ، ولا على الثيب البالغة العاقلة .

وإنما تثبت على البكر الصغيرة ، وعلى الثيب الصغيرة . لوجود العلة وهى الصغر ولا شأن للبكارة والثيوبة فى ذلك .

كما تثبت على فاقدى الأهلية أيضا .

---

(١) نيل الأوطار ، حـ٧ ، ص ٢٨٦ -٢٨٧.
(٢) المغنى ، حـ٩ ، ص ٣٩٩.
(٣) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢٤١ ، ٢٤٢.

أما غير الحنفية . فقد ذهبوا إلى أن العلة فى ثبوت ولاية الإجبار هى البكارة . فتثبت على البكر سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، ولا تثبت على الثيب سواء كانت كبيرة أو صغيرة [1].

من الذى تثبت له ولاية الإجبار ؟

اختلف الفقهاء فيمن تثبت له ولاية الإجبار ، فذهب المالكية والإمام أحمد إلى ثبوتها للأب فقط وذلك كما يلى :

١-انعقاد الإجماع على تزويج الأب ابنته الصغيرة .

٢-أن المعانى المجودة فى الأب من كمال الشفقة وقوة العطف والحرص على مصلحة المولى عليه ليست موجودة فى غيره من الأولياء .

وذهب الإمام الشافعى إلى أنها تثبت لكل من الأب والجد أبو الأب فقط وذلك لما يلى :

١-أن الجد كالأب فيما سبق .

٢-أن ولاية الجد ولاية إيلاد وبعضية كالأب فيملك الإجبار كما يملكه الأب.

ويرى الحنفية أنها تثبت لجميع العصبات ، لأن كل عاصب ولى فى النكاح فيملك التزويج جبرا كالأب ، ولكن يعطى الخيار للمولى عليه بعد زوال سبب الولاية إذا كان المزوج هو الأخ الشقيق ومن يليه من العصبات[2].

---

(١) المراجع السابقة ؛ والموطأ ، ص ٣٢٥ ؛ والأم حـ٥ ، ص ١٥.
(٢) المراجع السابقة .

المطلب الثانى
فى
ولاية الندب والاستحباب

وتسمى بالولاية القاصرة . وهى قدرة الإنسان على أن يعقد العقد لنفسه وتترتب عليه آثاره دون توقف على الإجازة من أحد .

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت هذه الولاية للرجل المكلف . أما المرأة فقد اختلف الفقهاء بشأنها .

فقد ذهب المالكية [١]. والشافعية [٢]. والحنابلة [٣]. إلى أن النكاح لا يصح إلا بولى ، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها . ولا توكيل غير وليها فى تزويجها . فإن فعلت لم يصح النكاح . وقد روى هذا عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة رضى الله عنهم ، وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة وابن المبارك ، وعُبيد الله العنبرى ، وإسحق وأبو عبيد [٤].

واستدلوا على ذلك بالقرآن ، والسنة ، والمعقول :

أولا : القرآن الكريم :

١-قول الله تعالى:« فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن»[٥].

---

(١) بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص ٨ وما بعدها .

(٢) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص ١٤٧ ، نهاية المحتاج ، حـ٦، ص ٢١٩ ، ٢٢٠.

(٣) المغنى ، حـ٩ ، ص ٣٤٥.

(٤) المغنى ، حـ٩ ، ص ٣٤٥.

(٥) البقرة ، الآية : ٢٣٢.

٢-قوله سبحانه : « ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » [١].

٣-قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » [٢].

فالخطاب فى الآيات الثلاث موجه للأولياء فيكون الزواج لهم لا للنساء.

ثانيا : السنة المطهرة :

١-قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى » [٣].

٢-عن عائشة رضى الله عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل ، فإن أصابها ، فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » [٤].

٣-عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها » [٥]. رواه ابن ماجة والدارقطنى .

ثالثا : المعقول :

لأنها مولى عليها فى النكاح فلا تليه كالصغيرة . ولصيانتها عن مباشرة ما يشعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال ، وذلك ينافى حال أهل الصيانة والمروءة [٦].

---

(١) البقرة ، الآية : ٢٢١.

(٢) النور ، الآية : ٣٢.

(٣) نيل الأوطار ، حـ٧ ، ص ٢٨٢ ، سبل السلام ، حـ٣ ، ص ١٢٧.

(٤) سبق تخريجه .

(٥) نيل الأوطار ، حـ٧ ، ص ٢٨٣ .

(٦) المغنى ، حـ٩ ، ص ٣٤٦.

وذهب أبو حنيفة . وزفر . وأبو يوسف فى قوله الأول [1]. إلى أن للمرأة البالغة العاقلة أن تزوج نفسها ، وأن تتولى زواج غيرها ، ولها أن توكل غير وليها فى زواجها . سواء زوجت نفسها من كفء أو من غير كفء . غير أنها إذا زوجت نفسها من غير كفء كان للأولياء حق الاعتراض .

استدل أبو حنيفة بالكتاب والسنة والإستدلال :

أولا : الكتاب الكريم :

١-قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » [2].

فالآية نص على انعقاد النكاح بعبارتها .

٢-قوله سبحانه وتعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » [3]. والاستدلال بهذه الآية من وجهين : أحدهما : أنه أضاف النكاح إليها فيقتضى تصور النكاح منها . والثانى : أنه جعل نكاح المرأة غاية الحرمة فيقتضى انتهاء الحرمة عند نكاحها نفسها وعنده لا تنتهى .

٣-قوله سبحانه وتعالى " « فلا جناح عليهما أن يتراجعا » [4].

أى يتناكحا ، أضاف النكاح إليها من غير ذكر الولى .

٤-قوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢٤٧؛ الهداية وفتح القدير حـ٣ ، ص ١٥٧ ؛ تبيين الحقائق ، حـ٢ ، ص ١١٧.

(٢) الأحزاب ، الآية : ٥٠.

(٣) البقرة ، الآية : ٢٣٠.

(٤) البقرة ، الآية : ٢٣٠.

أزواجهن » [١]. والاستدلال بهذه الآية من وجهين . الأول : أنه أضاف النكاح إليهن فيدل على جواز النكاح بعبارتهن من غير شرط الولى . والثانى : أنه نهى الأولياء عن المنع عن نكاحهن أنفسهن من أزواجهن إذا تراضى الزوجان ، والنهى يقتضى تصوير المنهى عنه [٢].

ثانيا : السنة المطهرة :

عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس للولى مع الثيب أمر » [٣].

وهذا قطع ولاية الولى عنها . وعنه أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها » [٤].

والأيم إسم لامرأة لا زوج لها بكرا أو ثيبا .

ثالثا : الإستدلال :

وأما الاستدلال فهو أنها لما بلغت عن عقل فقد صارت ولية نفسها فى النكاح فلا تبقى موليا عليها كالصبى العاقل إذا بلغ ، والجامع أن ولاية الإنكاح إنما تثبت للأب على الصغيرة بطريق النيابة عنها شرعا لكون النكاح تصرفا نافعا متضمنا مصلحة الدين والدنيا وحاجتها إليه حالا ومآلا ، وكونها عاجزة عن إحراز ذلك بنفسها وكون الأب قادرا عليه بالبلوغ عن عقل زال العجز حقيقة وقدرت على التصرف فى نفسها حقيقة فتزول ولاية الغير عنها، وتثبت الولاية لها . لأن النيابة الشرعية إنما تثبت بطريق الضرورة نظرا فتزول بزوال الضرورة . مع أن الحرية منافية لثبوت الولاية للحر على الحر

---

(١) البقرة ، الآية : ٢٣٢.

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢٤٨.

(٣) سبق تخريجه .

(٤) سبق تخريجه.

وثبوت الشئ مع منافى لا يكون إلا بطريق الضرورة .

ولهذا المعنى زالت الولاية عن إنكاح الصغير العاقل إذا بلـــغ ، وتثبــت الولاية له ، وهذا المعنى موجود فى الفرع ، ولهذا زالت ولايـــة الأب عــن التصرف فى مالها وتثبت الولاية لها كذا هذا . وإذا صارت ولى نفسها فـــى النكاح لا تبقى موليا عليها بالضرورة لما فيه من الاستحالة [١] .

وذهب محمد بن الحسن وأبو يوسف فى قوله الآخر[٢] . إلى أن النكـــاح ينعقد بعبارة المرأة ـــ وينفذ بإذن الولى وإجازته ، وينعقد بعبارة الولى وينفــذ بإذنها وإجازتها . فالولاية عند محمد ولاية مشتركة .

وذلك لما روى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليــة وسلم قال : « أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها بـــاطل » والبـــاطل من التصرفات الشرعية ما لا حكم له شرعا كالبيع الباطل ونحوه .

ولأن للأولياء حقا فى النكاح بدليل أن لهم حق الاعـــتراض والفســخ ، ومن لا حق له فى عقد كيف يملك فسخه والتصرف فى حق الإنســـان يقــف جوازه على جواز صاحب الحق [٣].

ووالراجح هو قول أبى حنيفة ومن معه لقوة أدلته وهو المعمول به فـــى المحاكم المصرية ، أما القانون الكويتى فقد أخذ برأى الجمهور حيث نص فى المادة الثلاثين على أن " الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرهـــا ، الرأى لها فى زواجها ، ولكن لا تباشر العقد بنفسها ، بل ذلك لوليها . " .

---

(١) البدائع ، حـــ٢ ، ص٢٤٨.

(٢) البدائع ، حـــ٢ ، ص٢٤٧. ، الهداية مع فتح القدير ، حـــــ٣ ، ص١٥٧ ، الكـــنز ، حـــ٢ ، ص١١٧ .

(٣) البدائع ، حـــ٢ ، ص٢٤٧.

المطلب الثالث

فى

أولياء الزواج

ذهب الحنفية [١]. إلى أن الولاية تعطى للأقرب فالأقرب من العصبات على حسب ترتيبهم فى الميراث .

وذهب المالكية [٢]. إلى أنها للإبن ثم إبن الإبن وإن سفل . ثم للأب ، ثم للأخ ثم ابنه ، ثم الجد ، ثم العم ثم ابن العم ، ويقدم الشقيق على الأصح والمختار . أى يقدم الأخ الشقيق وابنه والعم الشقيق وابنه على من هو لأب .

وعند الشافعية [٣]. أحق الأولياء : الأب ، ثم الجد وإن علا ، ثم الأخ لأبوين أو لأب ، ثم ابن كل منهما وإن سفل ، ثم العم ، ثم سائر العصبة كالإرث ، ويقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب فى الأظهر .

والإبن يقدم فى الميراث ولا ولاية له فى الزواج عندهم . والجد يشارك الأخ فى الميراث وهنا يقدم عليه . والشقيق فى الميراث يقدم مطلقا على من هو لأب ، وهنا فيه خلاف عندهم .

وعند الحنابلة [٤]. أحق الناس بنكاح المرأة أبوها ، ثم أبوه وإن علا ، ثم ابنها وابنه وإن سفل ، ثم أخوها لأبيها وأمها ، والأخ لأب مثله . فى المشهور عندهم . لأنهما استويا فى الإدلاء بالجهة التى تستفاد منها العصوبة

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢٤٠، الهداية مع فتح القدير ، حـ٣،ص١٧٢ ، تبيين الحقائق ، حـ٢ ، ص١٢١.

(٢) الخرشى ، حـ٢ ، ص١٨٠.

(٣) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص١٥١.

(٤) المغنى، حـ٩ ، ص٣٥٥ وما بعدها.

وهى جهة الأب فاستويا فى الولاية . والرواية الثانية .الأخ من الأبوين أولى .

ثم أولادهم وإن سفلوا ، ثم العمومة ، ثم أولادهم وإن سفلوا ، ثم عمومة الأب على حسب ترتيبهم فى الميراث .

لمن الولاية عند عدم العصبات :

ذهب أبو حنيفة فى الرواية الراجحة عنه [١]. إلى أنه عند انعدام العصبات تعطى الولاية للأقرب فالأقرب من غيرهم، رجالا ونساء. لعموم قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم . » من غير فصل بين العصبات وغيرهم . فتثبت ولاية الإنكاح على العموم إلا من خص بدليل .

ولأن سبب ثبوت الولاية هو مطلق القرابة وذاتها لأن القرابة حاملة على الشفقة فى حق القريب داعية إليها وقد وجد ههنا فوجد السبب ووجد شرط الثبوت أيضا وهو عجز المولى عليه عن المباشرة بنفسه وإنما العصوبة وقرب القرابة شرط التقدم لا شرط ثبوت أصل الولاية فلا جرم العصبة تتقدم على ذى الرحم ، والأقرب من غير العصبة يتقدم على الأبعد .

ولأن ولاية الإنكاح مرتبة على استحقاق الميراث . لاتحاد سبب ثبوتها وهو القرابة ، فكل من استحق من الميراث استحق الولاية [٢].

وعند جمهور الفقهاء [٣]. تعطى الولاية للسلطان عند عدم العصبات ، ولا تعطى لغيرهم من الأقارب وذلك لما يلى :

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢٤٠، الهداية مع فتح القدير ، حـ٣، ص١٨١ ، الكنز ، حـ٢، ص١٢٦.

(٢) البدائع ، حـ٩ ، ص٢٤٠.

(٣) المراجع السابقة.

١-قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « السلطان ولى من لا ولى له .» [١].

٢- روى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشى زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده بالحبشة .

٣- أن للسلطان ولاية عامة بدليل أنه يحفظ الضوال ويلى المال فكانت له الولاية فى النكاح كالأب .

٤-قول على بن أبى طالب رضى الله عنه : « النكاح إلى العصبات ». فوض كل نكاح إلى كل عصبة . لأنه قابل الجنس بالجنس ، أو بالجمع فيقتضى مقابلة الفرد بالفرد .

٥- ولأن الأصل فى الولاية هم العصبات ، فإن كان الرأى وتدبير القبيلة وصيانتها عما يوجب العار والشين إليهم فكانوا هم الذين يحرزون عن ذلك بالنظر والتأمل فى أمر النكاح فكانوا هم المحقين بالولاية .

ولهذا كانت قرابة التعصيب مقدمة على قرابة الرحم بالإجماع [٢].

والراجح هو قول أبى حنيفة ، لأن الولاية شرعت للنظر فى مصلحة المولى عليه ، وتفويض النظر فى مصلحته إلى أى قريب حتى وإن كان من غير العصبات أولى من القاضى لانشغاله بمصالح المسلمين ، كما أن القرابة مهما بعدت فإنها تبعث على الشفقة والعطف وتوخى المصلحة مما لا يتوافر فى السلطان ونوابه [٣].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الكويتى بما ذهب إليه الجمهور ،

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص٢٤٠.

(٣) الأحوال الشخصية للمؤلف ، ص١٨٢.

حيث أسند الولاية إلى القاضى مباشرة عند انعدام العصبات ، وقد نص على ذلك فى الفقرة (أ) من المادة التاسعة والعشرين حيث تجرى بما يلى :

«الولى فى زواج البكر التى بين البلوغ وتمام الخامسة والعشرين هو العصبة بالنفس حسب ترتيب الإرث وإن لم توجد العصبة فالولاية للقاضى ، ويسرى هذا الحكم على المجنون والمعتوه ذكرا كان أو أنثى » .

المطلب الرابع

فى

شروط الولى والتصرف الذى يملكه

يشترط فى الولى ما يلى :

١-البلوغ والعقل :

يشترط فى الولى أن يكون بالغا عاقلا ، كما ذكرنا فى ولى المال ، وعن أحمد فى رواية أن الصغير إذا بلغ عشر سنين زوج وتزوج ، لأنه يصح بيعه ووصيته فتثبت له الولاية كالبالغ [1] والراجح اشتراط البلوغ لأن الصبى مولى عليه فلا تثبت له ولاية على غيره ، لأن فاقد الشئ لا يعطيه.

٢- الذكورة :

فلا ولاية للمرأة عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية كما سبق .

٣- الاتحاد فى الدين :

فلا ولاية لغير المسلم على المسلم مطلقا لقول الله تعالى : « ولن يجعل

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢٣٩ ؛ حاشية الدسوقى حـ٢ ، ص ٢٣٠ ؛ نهاية المحتاج حـ٦ ، ص ٢٣٣ ؛ المغنى حـ٧ ، ص ٣٥٦.

الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » [1].

وقوله عز وجل : « لا يتخذ المؤمنـــون الكـــافرين أوليـــاء مـــن دون المؤمنين » [2].

كما أن الولاية فى الزواج أقيمت على أساس الميراث بـــالتعصيب ، ولا ميراث بين المسلم وغير المسلم لقول الرسول صلى الله عليه وســـلم : « لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم » .

٤- العدالة :

اختلف الفقهاء فى اشتراط هذا الشرط فذهب الإمام الشافعى [3]. والإمـــام أحمد فى رواية [4]. إلى أنه يشترط أن يكون الولى عدلا ، واستدلوا على ذلك بالسنة المطهرة والمعقول .

أولا : السنة المطهرة :

١-عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكـــاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل » [5].

والفاسق ليس مرشدا فلا تصح ولايته .

٢-ما روى عنه أيضا أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وســلم : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولى مســـخوط عليـــه فنكاحها باطل » [1].

(١) سورة النساء ، الآية ١٤١.

(٢) سورة آل عمران ، الآية : ٢٨.

(٣) نهاية المحتاج ، حـــ٦ ، ص ٢٣٣ ؛ مغنى المحتاج ، حـــ٣ ، ص ١٥٥.

(٤) المغنى ، حـــ٧ ، ص٣٥٦ ، ٣٥٧.

(٥) نيل الأوطار ، حـــ٧ ، ص ٢٩٣ – ٢٩٤.

ثانيا : المعقول :

أن ولاية الزواج ولاية نظرية فلا يستبدئها الفاسق كولاية المال .

وذهب أبو حنيفة [٢]. ومالك [٣]. وأحمد فى رواية . إلى أنه لا يشترط عدالة ولى الزواج فتجوز ولاية الفاسق عندهم ، واستدلوا على ذلك بما يلى :

١-أن الفاسق يلى نكاح نفسه فتثبت له الولاية على غيره كالعدل .

٢-أن سبب الولاية القرابة ، وشرطها النظر فى مصلحة المولى عليه ، والفاسق قريب ناظر ، فجازت ولايته كالعدل .

وهذا ما نرجحه لأن صلة القربى تجعله يتوخى تحقيق المصلحة للمولى عليه وطلب الحظ والنظر له ، فلا يقدم على الزواج إلا من كفء ولا يقبل أقل من مهر المثل .

هذا ويشترط فى التصرف الذى يملكه الولى فى الزواج أيضا أن يكون نافعا فى حق المولى عليه لا ضارا فى حقه [٤].

---

(١) نيل الأوطار ، حـ٧ ، ص ٤٩٢.
(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢٣٩.
(٣) حاشية الدسوقى ، حـ٢ ، ص ٢٣٠.
(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢٤٥.

الفصل الثانى

فى

الإيصاء

تعد نيابة الوصى بالنسبة للشخص الخاضع لوصايته ، نيابة غير اتفاقيـــة ، وسوف نتكلم فى هذا الفصل عن تعريف الإيصاء ، وأركانه ، وطبيعتـــه ، ومن يكون له تولية الوصى ، وعلى من تقام الوصاية ، وما هـــى الشــروط الواجب توافرها فى الوصى ، وما هى التصرفـــات التـــى يملـــك الوصـــى إجراءها ، ومتى تنتهى الوصاية . وذلك كله فى ثمانية مباحث :

المبحث الأول : فى ، تعريف الإيصاء .

المبحث الثـــانى : فى ، أركان الإيصاء .

المبحث الثـــالث : فى ، طبيعة عقد الإيصاء .

المبحث الرابـــع : فى ، تولية الوصى .

المبحث الخامس : فى ،على من تقام الوصاية .

المبحث السادس : فى ، شروط الوصى .

المبحث الســـابع : فى ، التصرفات التى يملكها الوصى .

المبحث الثامـــن : فى ، انتهاء الوصاية .

المبحث الأول

فى

تعريف الإيصاء

الإيصاء فى اللغة مصدر أوصى ، يقال : أوصى فلان بكذا يوصى إيصاء ، والاسم الوصاية ، بفتح الواو وكسرها ، وهو : أن يعهد إلى غيره فى القيام بأمر من الأمور ، سواء أكان القيام بذلك الأمر فى حال حياة الطالب أم كان بعد وفاته [١].

أما فى اصطلاح الفقهاء ، فالإيصاء بمعنى الوصية عند بعض الفقهاء ، وعند بعضهم هو أخص من ذلك ، فالوصية خاصة بالمال . أما الإيصاء فهو إقامة الإنسان غيره مقامه بعد وفاته فى تصرف من التصرفات ، أو فى تدبير شئون أولاده الصغار ورعايتهم ، وذلك الشخص المقام يسمى الوصى [٢].

---

(١) مختار الصحاح ، مادة " وصى " .

(٢) الشرح الصغير وحاشية الصاوى ، حـ٢ ، ص١٨١ ، فتاوى قاضيخان ، حـ٣ ، ص٥١٢ ، بهامش الفتاوى الهندية .

المبحث الثانى

فى

أركان الإيصاء

ركن الإيصاء هو : الإيجاب من الموصى والقبول من الموصى إليه ، ويصح الإيجاب بكل لفظ يدل على تفويض الأمر إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصى مثل : قول الموصى جعلت فلانا وصيا ، أو عهدت إليه بمال أولادى بعد مماتى ونحو ذلك ، ولا يشترط للإيجاب لفظ مخصوص ،وكذلك القبول من الوصى فيصح بكل لفظ يدل على الرضا والموافقة بما أوجبه الموصى،سواء أكان ذلك بالقول كقبلت أو أجزت أو وافقت ونحو ذلك،أم بالفعل الدال على الرضا،كبيع شئ من التركة بعد وفاة الموصى ونحو ذلك[1]

ولا يشترط أن يتم القبول فى مجلس الإيجاب كما هى القاعدة فى أغلب العقود ، بل يمتد زمنه إلى ما بعد وفاة الموصى ، لأن أثر الإيصاء لا يظهر إلا بعد وفاة الموصى ، فكان القبول ممتد إلى ما بعدها .

وهل يجوز القبول أثناء حياة الموصى ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك ، فذهب الحنفية [2]. والمالكية [3]. والحنابلة [4]. والشافعية فى مقابل الأصح[5] . إلى جواز ذلك ، لأن تصرف الموصى إليه يقع لمنفعة الموصى ، فلو وقف القبول والرد على موته لم يؤمن أن يموت الموصى ، ولم يسند وصيته إلى

---

(١) تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق ، حـ٦ ، ص٢٠٦ ، الاختيار ، حـ٥ ، ص٦٦ ، الدر المختار ورد المحتار ، حـ٦ ، ص٧٠٠ ، مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٧ .

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الشرح الكبير ، حـ٤ ، ص ٤٠٥.

(٤) المغنى لابن قدامه ، حـ٦ ، ص ١٤١. الروض المربع ، حـ٢ ، ص٢٤٨ .

(٥) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص ٧٧.

أحد فيكون فى ذلك إضرارا به .

وذهب الشافعية فى الأصح [1]. إلى أنه لا يصح القبول إلا بعـــــد وفـــاة الموصى ، لأن الإيصاء مضاف إلى الوفاة ، فقبلها لم يدخل وقته فلا يصـــح قبلها .

والراجح ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم لقوة وجهه .

---

(١) المرجع السابق .

المبحث الثالث

فى

طبيعة عقد الإيصاء

هل عقد الإيصاء من العقود اللازمة أم من العقود الجوازية ؟

اتفق الفقهاء على أن الإيصاء ليس تصرفا لازما فى حق الموصى ، فله الرجوع عنه فى أى وقت .

واتفقوا أيضا على أنه لا يكون لازما فى حق الوصى أثناء حياة الموصى ، فله الرجوع عنه متى شاء ، إلا أن الحنفية [1]. قيدوا جواز الرجوع بعلم الموصى به ليتمكن من الإيصاء إلى غيره إذا أراد ، فإن رجع بغير علمه فلا يجوز رجوعه حتى لا يصير مغرورا من جهته .

أما بعد وفاة الموصى، فقد اختلف الفقهاء ، فذهب الحنفية [2]. والمالكية[3] . والإمام أحمد فى رواية[4].إلى أنه ليس للوصى أن يعزل نفسه ، لأنه لما قبل الوصية فى حياة الموصى فقد جعله يعتمد عليه فيما أوصى به إليه ، فإذا عزل نفسه بعد وفاته كان تغريرا به وهو لا يجوز .

وذهب الشافعية [5] والحنابلة [6] . إلى جواز العزل قياسا على الوكالة

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ٦ ، ص ٧٠٠.

(٢) المرجع السابق .

(٣) مواهب الجليل ، جـ٦ ، ص ٤٠٣ ؛ الشرح الكبير ، جـ٤ ، ص ٤٠٥ .

(٤) المغنى لابن قدامه ، جـ٦ ، ص ١٤١.

(٥) الإقناع ، جـ٤ ، ص ٣٤ ؛ القليوبى وعميرة ، جـ٣ ، ص ١٧٧.

(٦) المغنى لابن قدامه ، جـ٦ ، ص ١٤١.

بجامع أن كلا منهما تصرف بالإذن ، والوكيل له عزل نفسه فـــى أى وقــت فكذلك الوصى .

واستثنى الشافعية [1] . من ذلك ما إذا وجب الإيصاء وتعين القبول علـــى الوصى ، فلا يجوز له الرجوع عن الوصية .

(١) الإقناع ، حــ٤ ، ص ٣٤.

المبحث الرابع
فى
تولية الوصى

اتفق الفقهاء على أن تولية الوصى تكون للأب ، لأن له الولايــة علــى أولاده الصغار ومن فى حكمهم فى أثناء حياته ، فيكون له الحق فــى إقامــة حياته ، فيكون له الحق فى إقامة من يخلفه فى الولاية عليهم بعد وفاته .

واختلفوا فى الجد ، فقال الحنفية [١]. والشافعية [٢]. له هذا الحق أيضـا ، لأن له عندهم الولاية على أولاد أولاده وإن نزلوا ، فيكون له حق الإيصـاء عليهم لمن شاء بعد موته كما هو الحال بالنسبة للأب .

ويرى المالكية [٣]. والحنابلة [٤]. عدم إعطاء هذا الحــق لــه ، لأنــه لا ولاية له عندهم ـــ كما سبق .

وهل لوصى الأب الحق فى الإيصاء بعده ؟ .

ذهب الحنفية [٥]. إلى أن لوصى الأب حق الإيصاء بعده لمن شـاء ، لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الحق فى الإيصاء كالأب .

وقيد المالكية [٦]. هذا الحق بما إذا لم يمنعه الأب من الإيصاء لغيره .

ويرى الحنابلة [٧]. والشافعية فى الأظهر [٨]. عدم إعطــاء الوصى هذا

---

(١) حاشية ابن عابدين ، حـ٦ ، ص٧١٤ .
(٢) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٦ ؛ شرح المحلى على المنهاج ، حـ٢ ، ص٣٠٤ .
(٣) الشرح الصغير ، حـ٢ ، ص٤٧٤ .
(٤) المغنى ، حـ٦ ، ص١٣٥ ؛ الروض المربع ، حـ٢ ، ص٢٤٩ .
(٥) حاشية ابن عابدين ، حـ٦ ، ص٧١٤ .
(٦) الشرح الصغير وحاشية الصاوى ، حـ٢ ، ص٤٧٤ .
(٧)المغنى ، حـ٦ ، ص١٤٢ ؛ الروض المربع ، حـ٢ ، ص٢٤٩ .
(٨) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٦ .

الحق إلا إذا جعل له الإيصاء إلى غيره ، لأنه يتصرف بطريق النيابة عن الموصى ، فلم يكن له التفويض إلى غيره إلا بإذنه كالوكيل .

فإذا لم يوص الأب أو الجد أو وصى كل منهما لأحد كان للقاضى أن يعين وصيا من قبله بالاتفاق ، لأنه ولى من لا ولى له ، كما قال الرسول صلى الله علية وسلم : « السلطان ولا من لا ولى له »[1]. والقاضى لا يلى أمور القصر بنفسه ، ولكنه يعين الأوصياء الذين يقومون بهذه المهمة .

واختلف الفقهاء فى إعطاء الأم الحق فى تولية الوصى ، فذهب الحنفية[2]. والشافعية [3]. والحنابلة [4]. إلى عدم إعطائها هذا الحق ، لأنه لا ولاية لها على أولادها حال حياتها ، فلا يكون لها الحق فى إقامة من يخلفها بعد وفاتها .

ويرى المالكية [5]. إعطاءها هذا الحق ، إذا توافرت الشروط التالية :

١-أن يكون مال الأولاد موروثا عن الأم .

٢-أن يكون هذا المال قليلا ، والمرج فى قلة المال وكثرته هو العرف.

٣-ألا يكون للأولاد أب ، أو وصى من جهته أو من جهة القاضى .

---

(١) أخرجه الترمذى ، جـ٣ ، ص٤٠٨ ؛ والحاكم ، جـ٢ ، ص١٦٨ .

(٢) ابن عابدين ، جـ٦ ، ص٧١٤ .

(٣) الإقناع ، جـ٤ ، ص٣٣ ؛ مغنى المحتاج ، جـ٣ ،ص٧٦ .

(٤) الروض المربع ، جـ٢ ، ص٢٤٩ .

(٥) الشرح الصغير ، جـ٢ ، ص٤٧٤ .

المبحث الخامس

فى

على من تقام الوصاية

اتفق الفقهاء [1]. على أن الوصاية تكون على من تقام عليهم الولاية وهم الصغار ومن فى حكمهم من المجانين والمعتوهين ذكورا وإناثا ، لحاجتهم إلى من يرعى شئونهم فى التأديب والتثقيف والتعليم والتزويج عند الحاجة إليه ، وإذا كان لهم مال فإنهم يحتاجون إلى من يقوم بحفظه ويعمل على صيانته ويسعى إلى تنميته واستثماره .

---

(١) ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٣١٢ ، حـ٦ ، ص٧١٤ ؛ الشرح الصغير ، حـ٢ ، ص٤٧٤ ؛ المحلى وقليوبى ، حـ٣ ، ص١٧٧ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٣ ؛ المغنى ، حـ٦ ، ص١٣٥ .

المبحث السادس

فى

شروط الوصى

اشترط الفقهاء فى الوصى شروطا بعضها متفق عليه ، وبعضها مختلف فيه ، أما المتفق عليه فهو : العقل ، والتمييز ، والإسلام ، والقدرة على القيام بشئون الوصية .

أما الشروط المختلف فيها فهى :

١- البلوغ :

اشترطه المالكية[١]. والشافعية[٢]. والحنابلة فى الصحيح عندهم [٣]، فلا يجوز الإيصاء إلى الصبى المميز ، لأن غير البالغ لا ولاية له على نفسه ولا على ماله ، فلا يكون له الولاية على غيره ، لأن فاقد الشئ لا يعطيه .

ويرى الحنفية [٤]. عدم اشتراط البلوغ ، فيصح الإيصاء إلى الصبى المميز ، وفى وجه للإمام أحمد [٥]، تصح الوصية للصبى العاقل إذا جوز عشر سنين بالقياس على صحة وكالته .

٢-العدالة :

اشترطها الشافعية [٦] . والإمام أحمد فى رواية [٧] . فلا تصح

---

(١) الشرح الصغير ، حـ٢ ، ص٤٧٤ ؛ الشرح الكبير ، حـ٤ ،ص٤٠٢ .
(٢) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٤ .
(٣) المغنى ، حـ٦ ، ص١٣٧ .
(٤) ابن عابدين ، حـ٦ ، ص٧٠٢ .
(٥) المغنى ، حـ٦ ، ص١٣٧ .
(٦) مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٤ .
(٧) المغنى ، حـ٦ ، ص١٣٨ .

الوصاية إلى الفاسق ، لأنها ولاية وائتمان ، ولا ولاية ولا ائتمان لفاسق .

ويرى الحنفية [1]. والمالكية [2]. والإمام أحمد في رواية [3]. عدم اشتراط هذا الشرط ، فيصح الإيصاء للفاسق متى كان يحسن التصرف ولا يخشى منه الخيانة ويعمل على حفظ المال .

ولا تشترط الذكورة في الوصي، فيجوز الإيصاء إلى المرأة بالاتفاق[4] . وذلك لما يلي :

١- روى أن عمر رضي الله عنه « أوصى إلى ابنته حفصة » .

٢- وأن المرأة من أهل الشهادة كالرجل ، فكانت أهلا للوصاية مثله .

هذا وقد اختلف الفقهاء في الوقت المعتبر لتوافر هذه الشروط في الوصي فذهب الشافعية في الأصح [5]، والحنابلة في وجه [6]، إلى أنه وقت وفاة الموصي ، لأنه وقت اعتبار القبول وتنفيذ الوصاية فيكون هو المعتبر دون غيره ، وهذا هو المستفاد من كتب الحنفية [7]. والمالكية [8].

ويرى الشافعية في مقابل الأصح ، والحنابلة في الوجه الثاني ، أنه وقت الإيصاء ووقت وفاة الموصي أيضا ، لأنها شروط لصحة الإيصاء فاعتبر

---

(١) ابن عابدين ، جـ٦ ، ص٧٠٠ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه ، جـ٤ ، ص٤٠٢ ؛ الشرح الصغير وحاشية الصاوي ، جـ٢ ، ص٤٧٤ .

(٣) المغني لابن قدامة ،جـ٦ ، ص١٣٨ .

(٤) المراجع السابقة .

(٥) مغني المحتاج،جـ٣، ص٧٤،٧٦ ؛ شرح الجلال وحاشية القليوبي،جـ٣، ص١٧٨.

(٦) المغني ، جـ٦ ، ص١٣٩ .

(٧) ابن عابدين ، جـ٦ ،ص٦٤٩ .

(٨) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ، جـ٤ ، ص٣٨٩ ؛ الشرح الصغير وحاشية الصاوي ، جـ٢ ، ص٤٦٩ ؛ وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية ، جـ٧ ، ص٢١٣.

وجودها حال وجوده ، ولأن الوصى إنما يتصرف بعد وفاة الموصى فاعتبر وجوده ، لأن الموصى إنما يتصرف بعد وفاة الموصى فاعتبر وجودها عنده.

موقف القانون المصرى والقانون الكويتى :

نصت المادة ٢٧ من القانون المصرى رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ على أنه « يجب أن يكون الوصى عدلا كفؤا ذا أهلية كاملة . ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصيا :

١-المحكوم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٢- من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانونا سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان فى ولايته .

٣-من كان مشهورا بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

٤-المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره .

٥-من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ، ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها ، أو مكتوبة بخطه وموقعة بإمضائه .

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر.

وأخيرا قررت المادة أنه يجب أن يكون الوصى من طائفة القاصر فإن

لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه " .

من هذه المادة يتضح أن القانون المصرى يتفق مع الفقه الإسلامى فـــى اشتراط أن يكون الوصى عدلا كفؤا يتمتع بالأهلية الكاملة ، متحدا فى الديـن مع الموصى عليهم .

كما نص القانون الكويتى فى المادة ١١١ منه على أنه : " يلزم أن يكـون الولى أو الوصى عدلا وكفؤا كما يلزم أن يكون بالغا رشيدا غـــير محجـور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، وألا يكون قد أشهر إفلاسه ما لم يـــرد له اعتباره ، وذلك كله دون إخلال بما يتطلبه القانون أو الشريعة الإســـلامية من شروط أخرى " .

المبحث السابع

فى

التصرفات التى يملكها الوصى

الوصى كقاعدة عامة لا يملك إلا التصرف الذى فيه الحظ والنظر والمصلحة لمن هو فى وصايته .

وعلى هذا لا يملك مباشرة التصرفات الضارة ضررا محضا ، كالهبة أو التصدق بماله ، أو البيع والشراء بغبن فأحش ، وأى تصرف من هذا القبيل يقع منه باطلا لا يقبل الإجازة من أحد .

وله الحق فى مباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا ، كقبول الهبة والصدقة والوصية ونحو ذلك .

وله أيضا مباشرة التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء والإجارة والاستئجار ونحو ذلك ، إلا إذا ترتب عليها ضرر ظاهر بالوصى فإنها تقع باطلة . وعلى ذلك :

يجوز للوصى أن يبيع من مال من هم فى وصايته وأن يشترى لهم بمثل القيمة أو بغبن يسير ، ولا يجوز بغبن فاحش ، وهذا فى المال المنقول ، أما العقار فلا يجوز له بيعه إلا إذا كان هناك مسوغ شرعى ، لأن العقار محفوظ بنفسه ، فلا حاجة إلى بيعه بدون مسوغ شرعى ، كأن يكون بيعه خيرا له من بقائه ، وذلك فى الحالات التالية :

١-بيع العقار بضعف القيمة أو أكثر .

٢-أن تزيد ضريبة العقار ونفقاته على ما يخرج منه من غلات .

٣-حاجة من هم تحت الوصاية إلى النفقة ولا سبيل إلى تدبير ذلك إلا

ببيع العقار ، فيجوز للوصى أن يبيع منه ما يغطى هذه النفقة [1].

كما يجوز لوصى الأب أو الجد أن يبيع مال نفسه لمن هم فى وصايته ، وأن يشترى لهم مال نفسه ، بشرط أن يكون فى كل من البيع والشراء منفعة ظاهرة لهم ، كبيع العقار لهم بنصف قيمته ، وشرائه منهم بضعفها ، وفى المنقول يبيع لهم ما يساوى خمسة عشر بعشرة ، ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر . وهذا قول أبى حنيفة وهو المفتى به عند الحنفية[2]. وذهب المالكية [3]. والشافعية [4]. والحنابلة[5]. وأبو يوسف فى أظهر الروايتين عنه ومحمد بن الحسن[6]. إلى عدم جواز البيع أو الشراء لهم مطلقا ، لعدم وفور شفقته ، وللتهمة فى تصرفه . وهذا ما نرجحه لقوة وجهه .

وللوصى أن يتجر فى مالهم بنفسه مقابل جزء من الربح ، عند الحنفية [7]. ويكره له ذلك عند المالكية [8]. منعا للمحاباة ، ولا يكره إذا كان الاستثمار مجانا ، بل هو من المعروف الذى يقصد به وجه الله تعالى . وعند الحنابلة [9]. الربح كله لليتيم على الصحيح .

واختلف الفقهاء فى حكم استثمار مال من هم فى الوصاية ، فذهب

---

(١) الاختيار حـ٥، ص٦٨ ؛ ابن عابدين ، حـ٦ ، ص ٧١١ ؛ الكنز، حـ٦، ص٢١١، ٢١٣ ؛ المنهاج وشرح الجلال ، حـ٢، ص ٣٠٥ ؛ المغنى ، حـ٤، ص ٢٤١.

(٢) تبيين الحقائق ، حـ٦ ، ص ٢١٢ ؛ الاختيار ، حـ٥ ، ص ٦٨.

(٣) الشرح الكبير ، حـ٤ ، ص ٤٠٥.

(٤) قليوبى ، حـ٢ ، ص ٣٠٥.

(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص ١٠٩.

(٦) حاشية الشلبى ، حـ٦ ، ص ٢١٢ ؛ ابن عابدين ، حـ٦ ، ص ٧٢٠.

(٧) حاشية الشلبى ، حـ٦ ، ص ٢١٣.

(٨) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ، حـ٤ ، ص ٤٠٥.

(٩) المغنى ، حـ٤ ، ص ٢٤٠.

الحنفية [١] والمالكية [٢] والحنابلة [٣]، إلى انه مندوب أو مستحب ، لأن فيـــه نفعا وخيرا لهم ، والشرع يحث على فعل ما فيه خير ونفع للناس .

ويرى الشافعية [٤]. أنه واجب ، لقول سيدنا عمر رضى الله تعالى عنــه: « ابتغوا فى أموال اليتامى ، لا تأكلها الصدقة » [٥].

وقد أجيب عن ذلك بأن الأمر بالاتجار فى قول عمر رضـــى الله عنــه محمول على الندب .

ونجيب عن ذلك بأن الأمر للوجوب لعدم وجود القرينة الصارفة ، بـــل إن هذا ما يتفق والحكمة من مشروعية نظام الوصاية ، وهى العمـــل علـــى حفظ المال وتنميته واستثماره فالراجح ما ذهب إليه الشافعية .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المصرى على واجبات الأوصياء فى المواد مـن ٣٦ – ٤٥ ففى المادة ٣٦ نص على أن : " يتسلم الوصى أموال القاصر ويقـــوم علـــى رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقـا لأحكام القانون المدنى ".

من هذه المادة يتضح أن على الوصى رعاية أموال القاصر وأن يعمـــل على تنميتها واستثمارها .

وفى المادة ٣٧ قرر أن : " للمحكمـــة أن تلـــزم الوصى بتقديم تأمينات

(١) حاشية الشلبى ، حـــ٦ ، ص ٢١٣.

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى ، حـــ٤ ، ص ٤٠٥.

(٣) المغنى ، حـــ٤ ، ص ٢٤٠.

(٤) حاشية القليوبى ، حـــ٢ ، ص ٣٠٤.

(٥) أخرجه البهيقى ، حـــ٤ ، ص ١٠٧.

بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هـذه التأمينات على حساب القاصر ".

من هذه المادة يتضح أنه يجوز للمحكمة أن تلزم الوصى بأن يقدم تأمينات بالقيمة التى تحددها ضمانا لأموال القاصر .

وفى المادة ٣٨ قرر أنه " لا يجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة " .

من هذه المادة يتضح أنه لا يجوز للوصى أن يتبرع بأموال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة .

وفى المادة ٣٩ قرر أنه : " لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة :

أولا : جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة .

ثانيا : التصرف فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة .

ثالثا : الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة .

رابعا: حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة .

خامسا: استثمار الأموال وتصفيتها .

سادسا: اقتراض المال وإقراضه.

سابعا : إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى .

ثامنا : إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة .

تاسعا : قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها .

عاشرا: الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ .

حادى عشر: الوفاء الاختيارى بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر .

ثانى عشر: رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

ثالث عشر: التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام .

رابع عشر: التنازل عن التأمينات وإضعافها .

خامس عشر: إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائبا عنه .

سادس عشر: ما يصرف فى تزويج القاصر .

سابع عشر : تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة معينة ".

من هذه المادة يتضح أن القانون منع الوصى من مباشرة هذه التصرفات المنصوص عليها فيها إلا بإذن من المحكمة حفاظا منه على أموال القاصر ، حتى تتحقق الحكمة من تقرير نظام الوصاية .

وفى المادة ٤٠ قرر أنه : " على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك ، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والإجراءات الواجبة الاتباع وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها ، وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية .

وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص . ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد ذلك .

وإذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم.

ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص ".

كما قرر فى المادة ٤١ أنه : " إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضررا جسيما ".

من هاتين المادتين تتضح الإجراءات الواجب اتباعها عند قسمة أموال القاصر .

وفى المادة ٤٢ نص على أنه : " يجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة ".

من هذه المادة يتضح أنه يجب على الوصى أن يعرض الدعاوى التى ترفع على القاصر على المحكمة ، وكذلك إجراءات التنفيذ التى قد تتخذ قبله،

، على أن يلزم بما تأمر به المحكمة .

وفى المادة ٤٣ قرر أنه : " على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد استبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه.

ولا يجوز أن يسحب شيئا من المال المودع إلا بإذن من المحكمة ".

من هذه المادة يتضح أن من واجبات الوصى إيداع الأموال التى يحصلها إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف بعد خصم النفقة المقررة ومصروفات الإدارة . وذلك باسم القاصر ، ولا يجوز السحب إلا بإذن من المحكمة .

كما قرر فى المادة ٤٤ أن : " على الوصى أن يودع باسم القاصر فى المصرف الذى تشير به المحكمة ما ترى لزوما لإيداعه من أوراق مالية ومجوهرات ومصوغات وغيرها ، وذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمها وليس له أن يسحب شيئا منها بغير إذن المحكمة " .

من هذه المادة يتضح أن من واجبات الوصى أيضا إيداع الأوراق المالية والمجوهرات وغيرها فى المصرف الذى تحدده المحكمة باسم القاصر وعدم السحب إلا بإذن من المحكمة .

وأخيرا قضت المادة ٤٥ بأن : " على الوصى أن يقدم حسابا مؤيدا بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة .

ويعفى الوصى من تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك .

وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حسابا خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهاء وصايته ".

من هذه المادة يتضح أنها ألزمت الوصى بأن يقدم حسابا ختاميا فى آخر كل عام يبين فيه الأصول والخصوم ، وعلى الوصى الذى انتهت وصايته تقديم هذا الحساب خلال ثلاثين يوما من تاريخ انتهائها .

ويعفى الوصى من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه إلا إذا رأت المحكمة غير ذلك .

أما القانون الكويتى فقد نص على سلطة الوصى فى المادة ١٣٧ حيث جاء فيها ما يلى :

١-يكون للوصى ، ولو كان مختارا من الأب ، الولاية على مال الصغير ، فى نفس الحدود التى يرسمها القانون لإدارة شئون القصر ، باعتبار أن لها الوصاية أو القوامة على معدومى الأهلية وناقصيها .

٢-على أنه إذا كانت الوصاية لغير إدارة شئون القصر ، وجب إذن المحكمة لإجراء كل التصرفات التى لا يخول القانون لمدير هذه الإدارة أن يتولاها وحده .

٣-وفى جميع الأحوال ، لا يكون للوصى ، فى ولايته على مال الصغير ، سلطة تتجاوز سلطة الولى ، على نحو ما يحدده القانون " .

المبحث الثامن

فى

انتهاء الوصاية

تنتهى الوصاية بأحد الأمور التالية :

١-وفاة الوصى ، أو فقده لأحد شروط الوصاية ، لأن هذه الشروط كما تعتبر فى الابتداء تعتبر فى الدوام والبقاء ، وهذا بالاتفاق (١).

٢-انتهاء مدة الوصاية المؤقتة ، فلو قال الموصى : أوصيت إلى فلان لمدة سنة مثلا ، انتهت الوصاية بانتهاء هذه السنة ، لأن الإيصاء مؤقت شرعا ببلوغ اليتيم أو إيناس الرشد ، فجاز تأقيته بالشرط ، ولأن الإيصاء كالإمارة ، وهذه يصح توقيتها وتعليقها على شرط فكذلك هو ، وهذا بالاتفاق أيضا (٢).

٣-عزل الوصى نفسه ، على خلاف بين الفقهاء فى ذلك كما سبق .

٤-زوال سبب الوصاية : تنتهى الوصاية أيضا ببلوغ الصغير عاقلا رشيدا ، وليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء ، وإنما لابد من ظهوره بالفعل ، وذلك عن طريق التجربة والاختبار ، فإذا دلت التجربة على تحقق الرشد حكم برشد ، وسلمت إليه أمواله بالاتفاق ، لقوله تعالى : « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم

---

(١) ابن عابدين ، حـ٦، ص٧٠٥،٧٠٦ ؛ الشرح الصغير ، حـ٢ ، ص٤٧٥ ؛ الشرح الكبير ، حـ٤ ، ص٤٠٣ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٥ ؛ المغنى ، حـ٦ ، ص١٤٠،١٤١ .

(٢) الاختيار ، حـ٥ ، ص٦٩ ؛ الشرح الصغير ، حـ٢، ص٤٧٣ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٧ ؛ الاقناع ، حـ٤ ، ص٣٤ ؛ المغنى ، حـ٦ ، ص١٤٠،١٤١.

أموالهم » [١].

أما إذا بلغ عاقلا غير رشيد فإن أهليته لا تكتمل ولا ترفع عنه الوصاية أو الولاية ولا تسلم إليه أمواله حتى يثبت رشده عند جمهور الفقهاء [٢]. وذلك لقوله تعالى : « ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما ، وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا . وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم » [٣].

فقد اشترط القرآن الكريم لدفع المال : البلوغ والرشد معا ، وليس هنا تحديد للرشد بسن معينة ، وإنما هو موكول بظهوره بالفعل عن طريق التجربة والاختبار .

وذهب الإمام أبو حنيفة [٤]. إلى أنه إذا بلغ الصغير عاقلا غير رشيد كملت أهليته وارتفعت الوصاية أو الولاية عنه ، إلا أنه لا تسلم إليه أمواله حتى يتبين رشده بالفعل أو يبلغ من العمر خمسا وعشرين عاما ، فإذا بلغ هذه السن سلمت إليه أمواله ، ولو كان مبذرا لا يحسن التصرف ، لأن منع المال عنه كان على سبيل التأديب والاحتياط ، والإنسان بعد بلوغه هذه السن لا يكون أهلا للتأديب ، كما أن فى الحجر عليه إهدار لآدميته وتضييعا لكرامته، وفى تسليم المال إليه إهدارا للمال وتضييعا له ، والمحافظة على آدمية الإنسان وكرامته أولى من المحافظة على ماله .

والراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ، لأن القرآن الكريم اشترط

---

(١) سورة النساء ، الآية : ٦ .

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص١٧٠ ؛ ابن عابدين ، حـ٦ ، ص١٤٩ ، ١٥٠ ؛ الشرح الصغير ، حـ٢ ، ص١٣٨ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٣ ، ص٧٧ ؛ الإقناع ، حـ٤ ، ص٣٤ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٦٠١ ؛ الروض المربع ، حـ٢ ، ص٢٠٢ .

(٣) سورة النساء ، الآيتان : ٥، ٦ .

(٤) البدائع ، حـ٧ ، ص١٧٠ ؛ ابن عابدين ، حـ٦ ، ص١٤٩ ، ١٥٠ .

الرشد لتسليم المال دون أن يحدد له سنا معينة ، ولأن الحكمة التى من أجلها شرع نظام الوصاية وهى المحافظة على مال القاصر والعمل على تنميته واستثماره لا تزال موجودة إذا بلغ سفيها فتظل الوصاية قائمة لذلك .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نصت المادة ٤٧ من القانون المصرى على أن : " تنتهى مهمة الوصى:

١-ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر استمرار الوصاية عليه .

٢-بعودة الولاية للولى .

٣-بعزله أو قبول استقالته .

٤-بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر .

ونصت المادة ٤٨ على أنه : " إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه ".

وفى المادة ٤٩ نص على أنه: " يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية:

١-إذا قام به سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقا للمادة ٢٧ ولو كان هذا السبب قائما وقت تعيينه.

٢-إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر .

وفى المادة ٥٠ نص على أنه : " على الوصى خلال ثلاثين يوما التالية لانتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى المؤقت على حسب

الأحوال ، وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال .

كما نصت المادة ٥١ على أنه " إذا مات الوصى أو حجر عليه أو اعتبر غائبا التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسلم أموال القاصر وتقديم الحساب ".

كما نص القانون الكويتى فى الفقرة الثانية من المادة ١١٤ على أنه : " للمحكمة أن تعزل الوصى المعين وتنصب آخر مكانه إن اقتضت ذلك مصلحة الصغير " .

الفصل الثالث

فى

القوامة

القوامة نيابة غير اتفاقية أيضا بالنسبة للمحجور عليه ، وكلامنا فى هـذا الفصل سيكون عن تعريفها ، وعلى من تكون – ولمن تكـون ، ومـا هـى التصرفات التى يملك القيم إجراءها ، وذلك فى مباحث ثلاث :

المبحث الأول : فى تعريف القوامة .

المبحث الثانى : فى ، على من تكون القوامة ، ولمن تكون ؟ .

المبحث الثالث : فى ، التصرفات التى يملكها القيم .

المبحث الأول

فى تعريف القوامة

القوامة فى اللغة من قام على الشئ يقوم قياما : أى حافظ عليه وراعى مصالحه ، ومن ذلك القيم الذى يقوم على شأن شئ ويليه ويصلحه ، والقوام على وزن فعال للمبالغة من القيام على الشئ والاستبداد بالنظر فيه وحفظه بالاجتهاد .

قال البغوى : القوام والقيم بمعنى واحد ، والقوام أبلغ وهو القائم بالمصالح والتدبير والتأديب .

وقيم اليتيم هو الذى يقوم بأمره ، ويتعهد شئونه بالرعاية والحفظ [١].

والقوامة فى اصطلاح الفقهاء هى : ولاية يفوضها القاضى إلى شخص كبير راشد بأن يتصرف لمصلحة القاصر فى تدبير شئونه المالية [٢].

والقيم من يعينه الحاكم لتنفيذ وصايا من لم يوص معينا لتنفيذ وصيته ، والقيام بأمر المحجورين من أولاده من أطفال ، ومجانين ، وسفهاء ، وحفظ أموال المفقودين ممن ليس لهم وكيل [٣]. والمالكية يسمونه : مقدم القاضى أو نائب القاضى [٤]. ويسميه الفقهاء وصى القاضى[٥] .

---

(١) الكليات ، حـ٧٤ ، ص٥٣،٥٤ ؛ المعجم الوسيط ، لسان العرب ، تفسير القرطبى ، حـ٥ ، ص١٦٩ ؛ تفسير البغوى ، حـ١ ، ص٤٢٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ، حـ٦ ، ص٢١٤ ؛ قليوبى ، حـ٣ ، ص١٧٧ .

(٣) المحلى مع القليوبى ، حـ٣ ، ص١٧٧ .

(٤) الدسوقى ، حـ٣ ، ص٢٩٩ ؛ الخرشى ، حـ٥ ،ص٢٩٣ .

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٢٩٣ .

المبحث الثانى

فى

على من تكون القوامة ، ولمن تقوم ؟

تثبت القوامة على كل من: المجنون ، والمعتوه ، والسفيه ، وذى الغفلة.

وقد اتفق الفقهاء [1]. على أنه إذا بلغ القاصر متصلا به عارض من عوارض الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ، فإن القوامة تكون لمن كانت له الولاية عليه قبل البلوغ .

أما إذا بلغ عاقلا رشيدا ، ثم حدث له عارض من العوارض المذكورة ، فقد ذهب الحنفية[2] . والمالكية [3]. والحنابلة[4] . والشافعية فى قول[5] . إلى أن الولاية تكون للقاضى ابتداء ، وقد يعين القاضى الوصى قيما . وفى قول آخر للشافعية [6]. تعود الولاية إلى من كانت له قبل البلوغ . والراجح هو ما ذهب إليه الحنفية ومن معهم ، ويترك الأمر للقاضى لينصب من يراه صالحا للقيام بهذه المهمة .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

---

(١) رد المحتار ، حـ٦ ، ص٧٠١ ، ٧٠٢ ؛ حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٢٩٢ ؛ شرح الخرشى ، حـ٥ ، ص٢٩٧ ، نهاية المحتاج ، حـ٤ ، ص٣٧٣ ، ٣٧٤ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٢٢٣ ؛ المغنى ، ص٣٥٦ .

رد المحتار ، ٦؛ ، ص٧٠١ ، ٧٠٢ .

(٣) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص٢٩٢ ؛ شرح الخرشى ، حـ٥ ، ص٢٩٧ .

(٤) المغنى ، حـ٤ ، ص٣٥٦ ؛ كشف القناع ، حـ٢ ، ص٢٢٣ .

(٥)نهاية المحتاج ، حـ٤ ، ص٣٧٣ ، ٣٧٤ .

(٦) المرجع السابق .

نص القانون المصرى فى المادة الخامسة والستين على أنه "يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيما لإدارة أمواله وفقا للأحكام المقررة فى هذا القانون ".

من هذه المادة يتضح أن القوامة تثبت على كل من : البالغ المجنون أو المعتوه أو السفيه أو ذى الغفلة كما هو الحال فى الفقه الإسلامى .

كما نصت المادة الثامنة والستون منه على أن " تكون القوامة للإبن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة " .

من هذه المادة يتضح أن القوامة تعطى أولا للإبن البالغ ثم للأب ثم الجد ثم لمن تختاره المحكمة .

وفى المادة التاسعة والستين قرر أنه : " يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقا للمادة ٢٧ ، ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين ٤،١ من المادة المذكورة دون تعيين الإبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك " .

من هذه المادة يتضح أنه يشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى من شروط وهى أن يكون كفؤا عدلا ذا أهلية كاملة .

أما القانون الكويتى فقد نص فى المادة ١٣٨ على أن : " ١- تعين المحكمة ، بناء على طلب إدارة شئون القصر أو أى ذى شأن آخر ، لمن كان محجورا عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، قيما تكون له الولاية على ماله ، فى حدود ما يقضى به القانون .

٢- فإذا كان المحجور عليه كويتيا ، ثبتت القوامة على ماله لإدارة شئون القصر ، وفقا لما يقضى به القانون ، مالم تعين له المحكمة قيما آخر "

وقرر في المادة ١٣٩ وجوب أن : " تراعى المحكمة فى تنصيب القيم علـــى المحجور عليه ، أن تعين الأرشد فالأرشد من أولاده الذكور ، ثم أبـــاه ، ثـــم جده لأبيه ، ثم من ترى فيه مصلحة المحجور عليه " .

وجاء في المادة ١٤٠ ، أنه : " يسرى على القيم ما يسرى على الوصـــى من أحكام ، وعلى الأخص بالنسبة إلى الشروط اللازمة فيه، وحدود ســلطانه، وواجباته ، وتعيين من يتولى الإشراف عليه ، وسلطة المشرف " .

المبحث الثالث

فى

التصرفات التى يملكها القيم

القيم يملك من التصرفات ما يملكه الوصى [1]. إلا فى بعض المسائل ذكرها الحنفية ، وخالفهم غيرهم من الفقهاء فى معظمها وسوف نقتصر على رأى الحنفية [2]. وإليك هذه المسائل :

١- ليس للقيم أن يشترى لنفسه ولا أن يبيع ممن لا تقبل شهادته له ، أما الوصى فيجوز له ذلك ، بشرط أن يكون فيه غبطة ظاهرة للمحجور .

٢- يجوز للقاضى أن يخصص ولاية القيم بشئ معين ، فلا يتعداه ، أما الوصى فلا يجوز .

٣- لا يجوز أن يؤجر القاصر لعمل ما ، بخلاف الوصى فيجوز أن يؤجر نفس اليتيم وعقاراته وسائر أمواله ولو بغبن يسير .

٤- لا يملك القيم القبض إلا بإذن مبتدأ من القاضى بعد الإيصاء بخلاف الوصى .

٥- يجوز للقاضى أن ينهى القيم عن القيام ببعض التصرفات بخلاف الوصى .

٦- ليس للقيم الحق فى نصب وصى عند وفاته ، بخلاف الوصى فيجوز له ذلك كما سبق .

---

(١) القليوبى ، حـ٣ ،ص٣٠٤ .

(٢) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ، حـ٥ ، ص٤٦١ ؛ الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٢٩٤ ؛ وانظر الموسوعة الفقهية الكويتية ، حـ٣٤ ، ص١٤٤ ، ١٤٥ .

٧- للقاضى أن يعزل القيم ، لأنه مولى من جهته ، بخلاف الوصى فليس له عزله إن ضعف عن الكفاية ، وإنما يضم إليه من يعينه .

الباب الثانى
فى
النيابة الاتفاقية

ذكرنا أن النيابة الاتفاقية هى الوكالة لأنها عقد يتم بالتراضى بين الموكل والوكيل ، وكلامنا فى هذا الباب سيكون عن تعريف الوكالـــة ، وأركانـــها ، والآثار المترتبة عليها ، وانتهائها ، وذلك فى فصول ثلاثة :

الفصل الأول : فى تعريف الوكالة وأركانها .

الفصل الثانى : فى آثار النيابة الاتفاقية .

الفصل الثالث : فى انتهاء النيابة الاتفاقية .

الفصل الأول
فى
تعريف الوكالة وأركانها

نتكلم فى هذا الفصل عن تعريف الوكالة وأركانها ، وذلك فى مبحثين :

المبحث الأول : فى تعريف الوكالة .

المبحث الثانى : فى أركان الوكالة .

المبحث الأول

فى

تعريف الوكالة

الوكالة بالفتح وبالكسر فى اللغة : الحفظ ، ومنه الوكيل فى أسماء الله تعالى ، ومنه التوكل ، يقال : على الله توكلنا ، أى فوضنا أمورنا، والتوكيل تفويض التصرف إلى الغير ، وسمى الوكيل وكيلا ، لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكول إليه الأمر [١].

وفى الاصطلاح عرفها ابن عابدين[٢] – من الحنفية – بأنها : " إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا فى تصرف جائز معلوم " .

وعرفها الآبى [٣] – من المالكية – بأنها : " نيابة ذى حق غير ذى إمرة ولا عبادة لغيره فيه ".

وعرفها الرملى [٤] – من الشافعية – بأنها " تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة شرعاً ".

وعرفها البهوتى [٥] – من الحنابلة – بأنها " استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة ".

---

(١) لسان العرب ، النهاية لابن الأثير .

(٢) فى حاشيته ، حـ٥ ، ص ٥١٠.

(٣) جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، حـ٢ ، ص ١٢٥.

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، حـ٥ ، ص ١٥ ؛ وأنظر ، حاشية الجمل على شرح المنهاج ، حـ٣ ، ص ٤٠٠.

(٥) الروض المربع بشرح زاد المستنقع ، حـ٢ ، ص ٣٠٥ ؛ وانظر ، منتهى الارادات، حـ٣ ، ص ٤٦١ ، كشاف القناع ، حـ٢ ، ص ٤٤٣.

ونستطيع أن نعرفها بأنه : إنابة شخص مثله ليتصرف له فيما يجوز له التصرف فيه بنفسه وكان مما يقبل النيابة شرعا .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

عرف القانون المدنى المصرى الوكالة فى المادة ٦٩٩ منه بأنها : " عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل ".

وعرفها القانون المدنى الكويتى فى المادة ٦٩٨ منه بأنها " الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصا آخر مقام نفسه فى مباشرة تصرف قانونى ".

مقارنة :

بالمقارنة بين تعريف الوكالة فى الفقه الإسلامى والقانونين المصرى والكويتى ، يتضح أن محل الوكالة فى القانونين يقتصر على التصرفات القانونية أما فى الفقه الإسلامى فمحل الوكالة يشمل هذه التصرفات وغيرها من التصرفات التى تجوز النيابة فيها شرعا . كما سنرى .

المبحث الثانى
فى
أركان الوكالة

اختلف الفقهاء فى أركان الوكالة ، فذهب الجمهور ، إلى أنها : الصيغة، والعاقدان ، ومحل العقد ، واكتفى الحنفية بأن ركن الوكالة هو : الإيجاب والقبول فقط ، لأن وجود هذا الركن يستلزم بالضرورة وجود الركنين الآخرين [1].

وكلامنا فى هذا المبحث سيكون عن الصيغة والعاقدين ومحل العقد وذلك فى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : فى الصيغة .

المطلب الثانى : فى العاقدين .

المطلب الثالث : فى محل الوكالة .

---

(١) أنظر ، المدخل للتشريع الإسلامى ، للمؤلف ، ص ٣٩٣.

المطلب الأول
فى
الصيغة

الصيغة هى : الإيجاب والقبول الدالان على الرضى بالعقد ، والإيجاب كما عرفه الحنفية هو ما صدر أولا من أحد المتعاقدين للدلالة على إنشاء العقد ، أما القبول فهو ما صدر من الطرف الثانى للدلالة على رضائه بما أوجبه الطرف الأول ، أما الجمهور فقد عرفوا الإيجاب بأنه ما صدر من المالك أما القبول فهو ما صدر من المتملك سواء صدر أولا أو ثانيا ، ويتحقق كل منهما بالعبارة أو بالكتابة أو بالإشارة ، طبقا للقواعد العامة فى العقد [١].

الإجازة اللاحقة لتصرف الوكيل :

نصت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ١٤٥٣ على أن الإجازة اللاحقة هى فى حكم الوكالة السابقة ، فلو باع أحد مال الآخر فضولا ، ثم أخبر صاحبه فأجازه يكون كما لو وكله أولا .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

الوكالة فى القانونين من العقود الرضائية طبقا للقواعد العامة فى العقد ، كما هو الحال فى الفقه الإسلامى ، غير أن كلا القانونين يشترط الشكلية فى عقد الوكالة الذى يكون التصرف القانونى محل الوكالة فيه تصرفا شكليا .

أما الفقه الإسلامى فلا يشترط ذلك [٢].

وقد نصت المادة ٧٠٠ من القانون المدنى الكويتى على ذلك فقالت :

---

(١) أنظر ، المدخل للتشريع الإسلامى ، للمؤلف ، ص ٣٩٥ وما بعدها .
(٢) أنظر ، عقد الوكالة للمؤلف ، ص ٣٤ وما بعدها .

"يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى التصرف القانونى محل الوكالة ".

المطلب الثانى
فى
العاقدين

العاقدان هما : الموكل والوكيل ، فالموكل هـو الـذى تنعقـد الوكالـة لمصلحته ، وهو الأصيل فى العقد ، وقد وضع الفقهاء [1] له ضابطـا عامـا مفاده : أن كل من جاز تصرفه فى شئ بنفسه وكان مما يقبل النيابـة شـرعا جاز أن يوكل فيه .

وعلى ذلك لا تصح الوكالة من المجنون ولا من المعتوه ولا من الصبـى غير المميز بالاتفاق ،واختلف الفقهاء فى صحة الوكالة من الصبـى المميـز ومن المرأة فى الزواج لأنها لا تباشره عند الجمهور خلافا للحنفية [2]. كمـا سبق .

أما الوكيل فهو الذى عهد إليه الموكل بتنفيذ الوكالة وهو النائب فى العقد

وقد وضع الفقهاء [3] له ضابطا عاما أيضا مفاده : أن كـل مـا يجـوز للإنسان أن يستوفيه بنفسه ، وكان مما تدخله النيابة شرعا ، جاز أن يتوكـل لغيره فيه ، وكل من لا يملك التصرف فيه لنفسه لا يجـوز أن يتوكـل فيـه لغيره .

---

(١) الهداية ، حـ٧ ، ص ٥١٠ ، ٥١١ ؛ ابن عابدين ، حـ٥ ، ص ٥١١ ؛ الكـنز ، حـ٤ ، ص ٢٥٤ ؛ مواهب الجليل ، ح٥ ، ص ١٩١ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ١٦ ، المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٢.

(٢) راجع عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٧٢ وما بعدها .

(٣) المراجع السابقة .

وعلى ذلك ، لا يجوز أن يكون الوكيل مجنونا أو معتوها أو صبيا غير مميز بالاتفاق ، واختلفوا فى جواز وكالة الصبى المميز ، ووكالة المرأة فى زواج غيرها [١] . كما سبق .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

كانت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى تنص على أنه : " يجب أن يكون الموكل أهلا أن يؤدى بنفسه العمل الذى وكل فيه ".

وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة وهى تتفق مع هذا النص فيعمل به بالرغم من حذفه [٢].

كما نص القانون الكويتى فى المادة ٦٩٩ منه على أن : " يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلا لأداء التصرف الذى وكل فيه غيره ".

هذا بالنسبة لأهلية الموكل ، وهو ما يتفق مع الفقه الإسلامى .

أما بالنسبة لأهلية الوكيل ، فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٤ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على أن الوكيل " يكفى فيه أن يكون قادرا على التمييز ، لكن إذا كان ناقص الأهلية ، كان مسؤولا قبل الموكل بالقدر الذى يمكن أن تتحقق مسئوليته ، على الرغم من نقص أهليته " وقد حذف هذا النص أيضا فى لجنة المراجعة ، اكتفاء بالقواعد العامة وهى تتفق مع هذا النص فيعمل به بالرغم من حذفه ، ولم ينص القانون الكويتى على أهلية الوكيل مما يعنى أنها تخضع للقواعد العامة أيضا .[٣]

---

(١) راجع ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٧٩ وما بعدها .
(٢) الوسيط للسنهورى ، حـ٧ ، ص ٤١٣.
(٣)الوسيط للسنهورى ، حـ٧ ، ص ٤١٤ ، ٤١٥ ؛ مجموعة الأعمال التحضيرية ، حـ٥ ، ص ١٩١ ١٩٢.

وواضح أن نص التقنين المدنى المصرى المحذوف يكتفى بـــأن يكـــون الوكيل مميزا وهو ما يتفق مع رأى بعض الفقهاء الذى لا يشترط البلوغ فـــى الوكيل وهو رأى الحنفية ومن معهم [1].

المطلب الثالث

فى

محل الوكالة

محل الوكالة قد يكون خاصا بتصرف معين أو تصرفات معينـــة ، وقـــد يكون عاما ، بأن يوكل النائب فى كل التصرفات .

الحالة الأولى : التوكيل الخاص :

إذا كان إيجاب الموكل خاصا بتصرف معين كأن يوكل شخص محاميـــا فى دعوى معينة منظورة أمام القضاء فعلا ، فلا يصح للوكيل أن يتصـــــرف إلا فيما وكل فيه .

وإن كان الإيجاب عاما فى ناحية معينة،كالمرافعة فـــى القضايـــا، كـــان للوكيل الحق فى أن يفعل كل ما كان للموكل الحق فى أن يفعلـــه فـــى هـــذا التصرف.

الحالة الثانية : التوكيل العام :

قد تكون الوكالة عامة فى كل شئ ، كـــأن يقـــول الموكـــل للوكيـــل : أنت وكيـــلى فى كل شـــئ ، وفى هـــذه الحالـــــة . ذهـــب الحنفيـــة [2] .

---

(١) راجع ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٨٠ ، ٨١.

(٢) شرح فتح القدير، حـ٧ ، ص٥١٠ ؛ البحر الرائـــق ، حـــ٧ ،ص١٤٠ ؛ الفتـــاوى الهندية ، حـ٣ ، ص٥٦٥

والمالكية [1] . إلى جواز التوكيل العام . لانتفاء الجهالة بهذا العموم .

غير أن الكمال بن الهمام – من الحنفية – يقول : إنه يكون وكيلا بالحفظ لا غير . واختلف الحنفية فى الطلاق والوقف فقيل : يملك ذلك بالإطلاق تعميم اللفظ، وقيل لا يملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه وبه أخذ الفقيه أبو الليث . وعن أبى حنيفة : أن الوكيل وكالة عامة يختص بالمعارضات فقط ولا يكون وكيلا فى الهبات والتبرع .

وذهب محمد بن الحسن إلى جواز التوكيل فى الهبات . وينبغى – كما يقول ابن الهمام – أن الوكيل وكالة عامة لا يملك الإبراء ، والحط عن المديون لأنهما من قبيل التبرع . وهل للوكيل وكالة عامة الإقراض والهبة بشرط العوض ، فإنهما بالنظر إلى الابتداء تبرع ، فإن القرض عارية ابتداء معاوضة انتهاء ، والهبة بشرط العوض هبة ابتداء معاوضة انتهاء ؟

يقول ابن الهمام : ينبغى ألا يملكها الوكيل بالتوكيل العام لأنه لا يملكها إلا من يملك التبرعات ، ولذا لا يجوز إقراض الوصى مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وإن كانت معاوضة فى الانتهاء [2].

وذهب الشافعية [3] . والحنابلة [4]. إلى عدم صحة التوكيل العام . فالوكالة لا تصح عندهم إلا فى تصرف معلوم . لأن فى التوكيل العام غررا عظيما وخطرا كبيرا . لأنه قد تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه ، والتصدق بأمواله ، وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة .

والراجح هو الرأى الأول ، لقوة وجهه .

---

(١) بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧٢ .

(٢) شرح فتح القدير ، حـ٧ ، ص٥١٠ .

(٣) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص٢٦ ؛ المهذب ، حـ١ ، ص٣٥٠ .

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٢١١،٢١٢ .

الأمور التى تصح فيها النيابة والتى لا تصح فيها :

ذكر الفقهاء ضابطا عاما لما يصح أن يكون محلا للوكالة .

يقول المرغينانى [١]: " وكل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره . لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة ".

ويقول ابن رشد [٢]: " وشرط محل التوكيل أن يكون قابلا للنيابة ".

ويقول الرملى [٣] : " يشترط أن يملكه الموكل حالة التوكيل وإلا فكيف يأذن فيه ".

فالضابط العام لمحل الوكالة : أن كل تصرف يجوز للموكل القيام به بنفسه ، وكان مما يقبل النيابة شرعا ، يجوز التوكيل فيه ، وكل تصرف لا يصح له مباشرته بنفسه لا يجوز التوكيل فيه . لأن فاقد الشئ لا يعطيه .

وإليك التفصيل :

١- النيابة فى العقود :

أجمع الفقهاء [٤]. على جواز النيابة فى البيع والشراء . لأن الرسول صلى الله عليه وسلم وكل فيهما ، ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيهما ، فقد

---

(١) فى الهداية ، حـ٧ ، ص ٥٠١ مع شرح القدير فى مجلد واحد ؛ وانظر ، ابن عابدين، حـ٥ ، ص ٥١٢ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٤٠.

(٢) فى بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧١ ؛ وانظر ، شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٨٥، جاء فيه " الوكالة تصح فيما يقبل النيابة بمعنى أن ما يجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة ، وما لا يجوز فيه النيابة لا تصح فيه الوكالة ".

(٣) فى نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢١.

(٤) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٣ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٤٠ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٥٦٤ ؛ حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٣٩ ؛ شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٨٥ ؛ جواهر الإكليل ، حـ٢ ، ص١٢٥ ؛ التاج والإكليل ، حـ٥ ، ص ١٨١؛ مواهب الجليل ، حـ٥ ، ص ١٨٢ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٣ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٣.

يكون الموكل ممن لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسنها ولكنه لا يتفرغ لذلك ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة ، أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته، وأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلا لمصلحة الآدمى المخلوق لعبادة الله سبحانه وتعالى .

كما أجمعوا [١]. على جواز التوكيل فى الحوالة ، والرهن ، والكفالة ، والشركة ، والوديعة ، والمضاربة ، والجعالة ، والمساقاة ، والإجارة ، والقرض ، والوصية ، والصدقة ، والفسخ ، والإبراء ، والمصارفة ، والإقالة، والشفعة . لأن كل هذه العقود فى معنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت حكمه .

كما اتفقوا [٢]. على صحة التوقيع فى عقد النكاح فى الإيجاب والقبول من الرجل لأن النبى صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأبا رافع فى قبول النكاح له .

ولأن الحاجة داعية إلى ذلك ، فإنه ربما احتاج الموكل إلى التزويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهى يومئذ بأرض الحبشة .

كما اتفقوا [٣]. على جواز التوكيل فى الطلاق ، والرجعة والخلع. لأن

---

(١) المراجع السابق .

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٣ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٥٦٤ ؛ حاشية الدسوقى، حـ٣ ، ص ٢٣٩ ؛ بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧١ ؛ الخرشى ، حـ٤ ، ص٢٨٥؛ جواهر الإكليل ، حـ٢ ، ص١٢٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٣ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٤.

(٣) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٣ ؛ حاشية الدسوقى، حـ٣ ، ص ٢٣٩ ؛ جواهر الإكليل، حـ٢ ، ص١٢٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٣ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٤.

الحاجة داعية إلى ذلك كدعائها إلى التوكيل فى البيع والنكاح .

كما اتفقوا [1]. على صحة التوكيل فى الضمان ، والصلح ، والهبة . لأنها فى معنى البيع فى الحاجة إلى التوكيل .

ولأن الموكل يملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها إلى غيره .

٢- الأمور التى لا تصح فيها النيابة :

هناك أمور لا تصح فيها النيابة بالاتفاق وهى :

١) الشهادة :

اتفق الفقهاء [2]. على أنه لا يجوز التوكيل فى الشهادة . فلو قال الشاهد لغيره : وكلتك لتشهد عنى فى كذا لم يصح ذلك . لأنها تتعلق بعين الشاهد ، لكونها خبرا عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى فى نائبه لأنها مبنية على التعبد واليقين الذى لا تمكن النيابة فيه .

فإن استناب فيها كان النائب شاهدا على شهادته لكونه يؤدى ما سمع من شاهد الأصل وليس بوكيل .

٢) الأيمان والنذور :

واتفق الفقهاء [3]. على عدم جواز التوكيل فى الأيمان والنذور . لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود .

---

(١) البدائع ، جـ٧ ، ص ٣٤٥٣ ؛ حاشية الدسوقى، جـ٣ ، ص ٢٣٩ ؛ جواهر الإكليل، جـ٢ ، ص١٢٥ ؛ نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص ٢٣ ؛ المغنى ، جـ٥ ، ص ٢٠٤، والمراجع السابقة.

(٢) نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص ٢٢ ؛ المغنى ، جـ٥ ، ص ٢٠٥ ؛ كشاف القناع ، جـ٢ ، ص ٤٤٤.

(٣) حاشية الدسوقى، جـ٣ ، ص ٣٤١ ؛ شرح الخرشى ، جـ٤ ، ص ٢٨٦ ؛ جواهر الإكليل ، جـ٢ ، ص١٢٥ ؛ نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص ٢٣ ؛ المغنى ، جـ٥ ، ص ٢٠٥.

ولأن اليمين تفيد صدق الحالف بما يعلمه من نفسه .

٣) اللعان والإيلاء والقسامة :

واتفقوا [١]. على عدم جواز التوكيل في الإيلاء واللعان والقسامة . لأنها أيمان فلا تدخلها النيابة .

٤) القسم بين الزوجات :

واتفقوا [٢]. على عدم جواز التوكيل في القسم بين الزوجات . لتعلقه ببدن الزوج لأمر لا يوجد من غيره .

٥) الظهار :

واتفقوا [٣]. على عدم جواز التوكيل في الظهار . بأن يقول الوكيل للزوجة : أنت على موكلي كظهر أمه . لأنه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الإستنابة فيه .

٦) المحرمات :

كما اتفقوا [٤]. على عدم جواز التوكيل في الجنايات كالقتل والسرقة وعدم صحتها في الغصب والقذف ، لأن هذه الأفعال محرمة على الموكل ، فلا يجوز له فعلها ولا الإنابة فيها.

٣- النيابة في تحصيل المباحات :

ذهب جمهور الفقهاء [٥]. إلى جواز التوكيل في تحصيل المباحات ،

---

(١) المراجع السابقة .
(٢) المغني ، حـ٥ ، ص ٢٠٥ ، كشاف القناع ، حـ٢ ، ص ٤٤٤.
(٣) حاشية الدسوقي ، حـ٣ ، ص ٣٤١ ؛ شرح الخرشي ، حـ٤ ، ص ٢٨٦ ؛ جواهر الإكليل ، حـ٢ ، ص١٢٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٣ ؛ المغني ، حـ٥ ، ص ٢٠٥.
(٤) حاشية العدوي بهامش الخرشي ، حـ٤ ، ص ٢٨٥ ؛ حاشية الدسوقي ، حـ٣ ، ص ٣٤١ ؛ المغني ، حـ٥ ، ص ٢٠٥.
(٥) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٥ ؛ المغني ، حـ٥ ، ص ٢٠٤ ، كشاف القناع ، حـ٢ ، ص ٤٤٤.

كإحياء الموات ، وإسقاء الماء ، والاصطياد ، والاحتشاش ، أو يوكل من يحفر له معدنا . لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه .

وذهب الحنفية [1]. إلى أنه لا يجوز التوكيل في المباحات إلا فيما يحجره الإنسان فيصح التوكيل بإحيائه .

والراجح هو رأى الجمهور لقوة وجهه ، وللحاجة إلى ذلك .

٤- النيابة فى الإقرار :

ذهب المالكية [2]. والشافعية فى رواية [3]. والحنابلة [4]. إلى جواز التوكيل فى الإقرار . فلو قال شخص لآخر : وكلتك لتقر عنى لفلان بكذا جاز هذا التوكيل . وهو رواية الأصل عند الحنفية [5]. لأنه إثبات حق فى الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع .

وذهب الشافعية فى الصحيح [6]. والطحاوى [7]. إلى عدم جواز التوكيل فى الإقرار . لعدم ورود النص بذلك . ولأنه إخبار عن حق فلم يقبل التوكيل كالشهادة .

والراجح هو القول الأول لقوة وجهه ، وللحاجة إلى هذا التوكيل .

---

(١) الفتاوى الهندية ، حـ ٣ ، ص ٥٦٤.
(٢) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤١ ؛ الخرشى ، حـ٣ ، ص ٢٨٦ .
(٣) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٤ .
(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٥ .
(٥) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٢.
(٦) نهاية المحتاج ، حـ ٥ ، ص ٢٤.
(٧) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٢.

٥- **النيابة فى الخصومة بمطالبة الحقوق :**

ذهب المالكية [١]. والشافعية [٢]. والحنابلة [٣]. وأبو يوسف ومحمد [٤]. إلى جواز التوكيل فى مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها حاضرا كان الموكل أو غائبا ، صحيحا أو مريضا ، رضى الخصم أو لم يرض . واستدلوا على ذلك بما يلى :

١-إجماع الصحابة عل ذلك [٥]. فقد وكل على بن أبى طالب عقيلا عند أبى بكر وقال : ما قضى له فلى وما قضى عليه فعلى .

ووكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال إن للخصومة قحما " أى مهالك" وإن الشيطان ليحضرها ، وإنى لأكره أن أحضرها . وهذه قصص انتشرت لأنها فى مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها .

٢-وأنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الإستنابة بغير رضاء خصمه كحال غيبته ومرضه وكدفع المال الذى عليه .

٣-وأن الحاجة داعية إلى ذلك ، فإن الموكل قد يكون له حق أو يدعى عليه بحق ، ولا يحسن الخصومة أو لا يحب أن يتولاها بنفسه .

٤-وأن التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضا الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ، ودلالة ذلك أن الدعوى حق المدعى ، والإنكار حق المدعى عليه ، فقد صادف التوكيل من المدعى والمدعى عليه حق

---

(١) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٥٢.

(٢) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٤ .

(٣) المغنى ، حـ ٥ ، ص ٢٠٥ ؛ كشاف القناع ، حـ٥ ، ص ٤٤٤.

(٤) الهداية ، حـ ٧ ، ص ٥٠٧ ؛ البدائع ، حـ ٧ ، ص ٣٤٥٢ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص ٦ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٤٣ ، ١٤٤ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣، ص ٥٦٣ ، ٥٦٤.

(٥) البدائع ، حـ ٧ ، ص ٣٤٥٢ ؛ المغنى ، حـ ٥ ، ص ٢٠٥.

نفسه فلا يقف على رضا خصمه كما لو كان خاصمه بنفسه [١].

وذهب أبو حنيفة [٢]. إلى أنه لا يجوز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق إلا برضا الخصم ، حتى يلزم الخصم جواب الوكيل . إلا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا . فللخصم أن يمتنع عن محاكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضرا . لأن حضور الموكل مجلس الحكم ومخاصمته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضاء خصمه كالدين عليه . ومعلوم أن عليا رضى الله عنه لم يكن ممن لا يرضى أحد بتوكيله فكان توكيله برضا الخصم ، فدل على الجواز برضا الخصم [٣].

ووجه قول أبى حنيفة [٤]. أن الحق هو الدعوى الصادقة والإنكار الصادق ، ودعوى المدعى خبر يحتمل الصدق والكذب والسهو الغلط ، وكذا إنكار المدعى عليه فلا يزداد الاحتمال فى خبره بمعارضة خبر المدعى ، فلم يكن كل ذلك حقا فكان الأصل أن لا يلزم به جواب ، إلا أن الشرع ألزم الجواب لضرورة فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية إلى الفساد وإحياء الحقوق الميتة ، وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب الموكل فلا تلزم الخصومة عن جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما أن الناس فى الخصومات على التفاوت بعضهم أشد خصومة من الآخر ، فربما يكون الوكيل ألحن بحجته فيعجز من يخاصمه عن إحياء حقه فيتضرر به فيشترط

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥١.

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٠ ؛ الهداية ، حـ٧ ، ص ٥٠٧ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص ٦ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٤٣ ، ١٤٤ ؛ الفتاوى الهندية حـ٣ ، ص ٥٦٤.

(٣) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٠ .

(٤) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥١.

رضا الخصم ليكون لزوم الضرر مضافا إلي التزامه .

أما إذا كان الموكل مريضا أو مسافرا فهو عاجز عن الدعــــوى وعــن الجواب بنفسه فلو لم يملك النقل إلى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكــت وهذا لا يجوز .

وذكر الجصاص [1]. أنه لا فصل فى ظاهر الرواية بين الرجل والمــرأة والبكر والثيب ، لكن المتأخرين من الأحناف ، استحسنوا فى المرأة إذا كــانت مخدرة غير برزة فجوزوا توكيلها ، وهذا استحسان فى موضعه لأنها تستحى عن الحضور لمحافل الرجال وعن الجواب بعد الخصومة بكرا كانت أو ثيبــا فيضيع حقها . وقال ابن أبى ليلى [2]. لا يجوز إلا توكيل البكــر ، والراجــح هو رأى الجمهور لقوة أدلته .

٦- النيابة فى إثبات القصاص واستيفائه :

ذهب المالكية [3]. والشافعية [4]. والحنابلة [5]. إلى جواز التوكيــل فــى إثبات القصاص واستيفائه سواء كان الموكل حاضرا أو غائبا . لأن القصــاص حق الآدمى والحاجة داعية إلى التوكيل فيه لأن من له حــق قــد لا يحســن الاستيفاء ، أو لا يحب أن يتولاه بنفسه .

وذهب أبو حنيفة ومحمد [6]: إلى أنه يجوز التوكيل بإثبات القصـــاص . لأن الخصومة شرط محض لثبوت الحد . لأن وجوبــه إنما يضاف إلى نفس

---

(١) البدائع ، حــ٧ ، ص ٣٤٥٠ ، ٣٤٥١.

(٢) البدائع ، حــ٧ ، ص ٣٤٥٠ ، ٣٤٥١.

(٣) حاشية الدسوقي ، حــ٣ ، ص ٣٤٠ ؛ الخرشـــى ، حـــ٤ ، ص ٢٨٥ ؛ جواهــر الإكليل ، حــ٢ ، ص ١٢٥.

(٤) نهاية المحتاج ، حــ٥ ، ص ٢٤.

(٥) المغنى ، حــ٥ ، ص ٢٠٤ ؛ كشاف القناع ، حــ٢ ، ص ٤٤٥.

(٦) البدائع ، حــ٧ ، ص ٣٤٤٩ ؛ تكملة فتح القدير ، حــ٧ ، ص ٨ ؛ الفتاوى الهنديــة ، حــ٣ ، ص ٥٦٤.

الجناية لا إلى الخصومة ، وظهور الجناية إنما يضاف إلى نفس الشهادة لا إلى السعى فى إثباتها ، فكان السعى فى ذلك كسائر الحقوق فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع .

وذهب أبو يوسف [١]: إلى عدم جواز التوكيل بإثبات القصاص . ولا تقبل البينة فيه إلا من الموكل . لأن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يحترز عنها فى باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضى إلى القاضى ، ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة [٢].

وقيل هذا الاختلاف بين الحنفية . عند غيبة الموكل ، أما لو وكل بالإثبات وهو حاضر جاز . لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه .

أما التوكيل باستيفاء القصاص ، فإن كان الموكل وهو الولى حاضرا جاز التوكيل فيه . لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل . وإن كان غائبا لا يجوز التوكيل . لأن احتمال العفو قائم ، لجواز أنه لو كان حاضرا لعفا فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة ، وهذا المعنى منعدم حال الحضرة [٣].

والراجح هو رأى الجمهور لقوة وجهه .

٧- التعزير :

اتفق الحنفية[٤].على جواز التوكيل فى التعزير إثباتا واستيفاء ، وللوكيل

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٤٩ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٧ ، ص ٨ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٥٦٤.

(٢) الهداية ، حـ٧ ، ص ٥٠٥.

(٣) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٠ ؛ الهداية ، حـ٧ ، ص٥٠٤ ، ٥٠٥.

(٤) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٥٠ .

أن يستوفى سواء كان الموكل غائبا أو حاضرا . لأنه حق العبد ولا يسقط بالشبهات ، ولهذا ثبت بشهادة رجل وامرأتين فأشبه سائر الحقوق بخلاف الحد والقصاص .

النيابة فى إثبات الحدود واستيفائها :

ذهب المالكية(١) . والشافعية(٢) . والحنابلة(٣) . إلى جواز التوكيل فى إثبات حد القذف واستيفائه فى حضرة الموكل وفى غيبته . لأنه حق الآدمى والحاجة داعية إلى التوكيل فيه . لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه بنفسه .

أما حد الزنا وحد السرقة ، وكل ما كان حدا من حقوق الله تعالى . فقد ذهب الحنابلة (٤) . إلى جواز التوكيل فيه أيضا إثباتا واستيفاء . واستدلوا على ذلك بما يلى :

١- أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . » فغدا أنيس عليها فاعترفت فأمر بها فرجمت .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم وكل أنيسا فى إثبات حد الزنا واستيفائه ، فإنه قال : فإن اعترفت فارجمها . وهذا يدل على أن الحد لم يكن ثبت فوكله النبى صلى الله عليه وسلم فى الإثبات والاستيفاء جميعا .

٢-وأمر النبى صلى الله عليه وسلم برجم ماعز فرجموه .

---

(١) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٠ ؛ الخرشى ، حـ٤ ، ص٢٨٥ ؛ جواهر الإكليل ، ح٢ ، ص١٢٥ .

(٢) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص٢٤ .

(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٤ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٤٤٥

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٠٦ .

٣- أن عثمان وكل عليا فى إقامة حد الشرب على الوليــد بــن عقبــة ووكل على الحسن فى ذلك فأبى الحسن ، فوكل عبدالله بـــن جعفــر فأقامـــه وعلى بعد . رواه مسلم .

٤- أن الحاكم إذا استناب دخل فى ذلك الحدود ، فإذا دخلت فى التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى . والوكيل يقـــوم مقـــام الموكل فى درئها بالشبهات .

٥- وأن الحاجة داعية إلى ذلك . لأن الإمام لا يمكنه تولى ذلك بنفسه.

وذهب الشافعية [١]. وأبو الخطاب [٢]. إلى أنه يصح التوكيل فى اســتيفاء عقوبة لله تعالى من الإمام أو السيد، ولا يصح التوكيل فى إثباتها مطلقا .لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل إلى الإيجاب .وقيـــل : لا يجوز التوكيل فى استيفائها إلا بحضرة الموكل لاحتمـــال عفـــوه . ولكـــن للقاذف أن يوكل فى ثبوت زنا المقذوف ليسقط الحد عنه فتسمع دعواه عليـــه أنه زنا [٣].

وقال الحنفية [٤]. إن التوكيل بحقوق الله تعالى نوعان :

أحدهما : بالإثبات ، والثانى : بالاستيفاء . أما التوكيل بالإثبات فإن كـــان حدا لا يحتاج فيه إلى الخصومة كحد الزنا وشرب الخمر ، فلا يتقدر التوكيـــل فيه بالإثبات . لأنه يثبت عند القاضى بالبينة أو الإقرار من غير خصومة .

وإن كان مما يحتاج فيه إلى الخصومة كحد السرقة وحد القذف ، جــــاز التوكيل بإثباته عند أبى حنيفة ومحمد. لأن هناك فرقا بين الإثبات والاســتيفاء،

(١) نهاية المحتاج ، حـــ٥ ، ص ٢٥.

(٢) المغنى ، حـــ٥ ، ص ٢٠٦.

(٣) نهاية المحتاج ، حـــ٥ ، ص ٢٥.

(٤) البدائع ، حـــ٧ ، ص ٣٤٤٩ .

وهو أن امتناع التوكيل فى الاستيفاء لمكان الشبهة وهى منعدمة فى التوكيل بالإثبات .

وقال أبو يوسف : لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما إلا من الموكل . لأنه لا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فكذا بالإثبات . لأن الإثبات وسيلة إلى الاستيفاء .

أما التوكيل باستيفاء حد القذف وحد السرقة ، فإن كان المقذوف والمسروق منه حاضرا وقت الاستيفاء جاز التوكيل . لأن ولاية الاستيفاء إلى الإمام وأنه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال .

أما إن كان غائبا فقد اختلف المشايخ فيه : فقال بعضهم : يجوز التوكيل. لأن عدم الجواز لاحتمال العفو والصلح وأنه لا يحتملهما . وقال بعضهم : لا يجوز . لأنه إن كان لا يحتمل العفو الصلح فيحتمل الإقرار والتصديق [١]. والراجح ما ذهب إليه الحنابلة لقوة أدلتهم .

النيابة فى العبادات :

تتنوع العبادات فى الشرع إلى أنواع ثلاثة : مالية محضة ، بدنية محضة ، مشتملة على البدن والمال ، وإليك البيان :

النوع الأول : العبادات المالية المحضة

كالزكاة ، والصدقات ، والكفارات ، والنذور .

وهذا النوع من العبادات تجوز فيه النيابة على الإطلاق ، وسواء أكان من عليه العبادة قادرا على الآداء بنفسه ، أم لا . وهذا باتفاق الحنفية [٢].

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٤٩ .

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٢ ، ط٢ ، ١٩٨٦ م دار الكتب العلمية ، بيروت ؛ حاشية ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٧ ، دار إحياء التراث العربى .

والمالكية[1] ، والشافعية[2] . والحنابلة[3] . واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والمعقول :

أولا : القرآن الكريم :

قول الله تعالى «إنما الصدقات للفقراء،والمساكين والعاملين عليها. »[4].

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الله عز وجل جوز العمل على الزكاة، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين لها[5] .

ثانيا : السنة المطهرة :

١- عن جابر بن عبدالله قال : " أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقلت له إنى أردت الخروج إلى خيبر ، فقال : " أئت وكيلى فخذ منه خمسة عشر وسقا ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته ." رواه أبو داود والدار قطنى[6] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل على أن للإمام أن ينيب ويقيم عاملا على الصدقة فى قبضها وفى دفعها إلى مستحقيها .

٢- قال ابن أبى أوفى : " أتيت النبى صلى الله عليه وسلم بصدقة مال

---

(١) جواهر الإكليل ،حـ٢ ، ص ١٢٥ .

(٢) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٢ ، ح٣ ،ص١٣٦ ،ط ؛ مصطفى البابى الحلبى الأخيرة ، ١٩٦٧ ؛ قليوبى وعميرة على منهاج الطالبين ، حـ٣ ، ص٧٦،٧٧ .

(٣) المغنى لابن قدامة ، حـ٥ ، ص ٢٠٦ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٤٤٥ ، ط ، دار الفكر .

(٤) سورة التوبة ، الآية : ٦٠ .

(٥) يقول ابن كثير فى تفسيره ، حـ٢ ، ص٣٦٤ :" وأما العاملون عليها فهم الجباة ، والسعاة يستحقون منها قسطا على ذلك " وانظر المنتخب فى تفسير القرآن الكريم ص٢٦٩ .

(٦) نيل الأوطار للشوكانى ،حـ٦ ، ص ٣ .

أبى فقال : " اللهم صلى على آل أبى أوفى " (١).

ووجه الدلالة من هذا الحديث ، أنه يدل على جواز إنابة صاحب الصدقة من يوصلها إلى الإمام .

٣ – قول النبى صلى الله عليه وسلم : « الخازن المسلم الأمين الذى ينفذ وربما قال : يعطى – ما أمر به كاملا موقرا طيبا به نفسه فيدفعه إلى الذى أمر له به أحد المتصدقين » رواه البخارى (٢).

فهذا الحديث يدل على جواز الإنابة فى الصدقة ، لقوله صلى الله عليه وسلم فيه : الذى يعطى ما أمر به كاملا .

٤– قال أبو هريرة – رضى الله عنه : « وكلنى النبى صلى الله عليه وسلم فى حفظ زكاة رمضان ، وأعطى النبى صلى الله عليه وسلم عقبة بن عامر غنما يقسمها بين أصحابه » (٣).

فهذا الحديث يدل على جواز الإنابة فى حفظ الزكاة ، وفى قسمتها .

٥– عن ابن عباس – رضى الله عنهما – قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل – رضى الله عنه – حين بعثه إلى اليمن : « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم ، فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم ، واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب .» متفق عليه (٤).

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ،حـ٦ ، ص ٣ .

(٢) فتح البارى ، حـ٣ ، ص٣٥٥ ؛ الحديث ، ١٤٣٨ ، حـ٤ ، ص٥٧٦ ، الحديث ، ٢٣١٩ ؛ نيل الأوطار للشوكانى ، حـ٦ ، ص٢ .

(٣) نيل الأوطار للشوكانى ، حـ٦ ، ص٢ .

(٤) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، حـ٣ ، ص٤١٨ ، الحديث رقم ١٤٩٦.

فهذا الحديث يدل على أن الإمام هو الذى يتولى قبض الزكاة وصرفها إما بنفسه وإما بنائبه .

٦- عن أبى حميد الساعدى – رضى الله عنه – قال : « استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأسد على صدقات بنى سليم يدعى ابن اللتبية فلما جاء حاسبه » رواه البخارى [١].

ثالثا : المعقول :

قالوا :

١-إن الواجب فى هذه العبادات إخراج المال وأنه يحصل بفعل النائب [٢].

٢-وأن العبرة لنية الموكل ولو عند دفع الوكيل [٣].

٣-وأنه حق مالى فجاز أن يوكل فى أدائه كديون الآدميين [٤].

النوع الثانى : العبادات البدنية المحضة :

كالصلاة ، والصيام ، والطهارة من الحدث . وهذا النوع من العبادات لا تجوز فيه النيابة على الإطلاق باتفاق الفقهاء [٥]. واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والسنة المطهرة ، والمعقول :

---

(١) فتح البارى بشرح صحيح البخارى ، حـ٣ ، ص٤٢٨ ، حديث رقم ١٥٠٠ .

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٢.

(٣) ابن عابدين ، حـ٢ ، ص ٢٣٨.

(٤) نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص ١٣٦.

(٥)البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٢ ؛ ابن عابدين ، حـ٢ ، ص ٢٣٨ ؛ المجموع ، حـ٧ ، ص ١١٦ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص ٢٢ ؛ قليوبى وعميرة ، حـ٣ ، ص ٧٦ ؛ مطالب أولى النهى ، حـ٢ ، ص ٢٧٣.

أولا : القرآن الكريم :

قول الله تعالى: وأن ليس للإنسان إلا ما سعى »[1]. **إلا ما خص بدليل** [2].

ثانيا : السنة المطهرة :

قول الرسول صلى الله عليه وسلم : **« لا يصوم أحد عن أحد ، ولا يصلى أحد عن أحد ».**

أى فى حق الخروج عن العهدة لا فى حق الثواب .

فإن من صام أو صلى أو تصدق وجعل ثوابه لغيره من الأموات أو الأحياء جاز . ويصل ثوابها إليهم عند أهل السنة والجماعة .

وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته ممن آمن بوحدانية الله تعالى وبرسالته صلى الله عليه وسلم .

وروى أن سعد بن أبى وقاص سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله : إن أمى كانت تحب الصدقة أفأتصدق عنها فقال النبى صلى الله عليه وسلم تصدق .

وعليه عمل المسلمين من لدن محمد صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من زيارة القبور وقراءة القرآن عليها ، والتكفين ، والصدقات ، والصوم ، والصلاة ، وجعل ثوابها للأموات .

ولا امتناع فى العقل أيضا ، لأن إعطاء الثواب من الله تعالى إفضال منه لا استحقاق عليه فله أن يتفضل على من عمل لأجله بجعل الثواب له ، كما له أن يتفضل لإعطاء الثواب من غير عمل رأسا [3].

---

(١) سورة النجم ، الآية : ٣٩.

(٢) البدائع ، جـ٢ ، ص ٢١٢.

(٣) البدائع ، جـ٢ ، ص ٢١٢.

ثالثا : المعقول :

قالوا:إن هذه العبادة تتعلق ببدن من وجبت عليه فلا يقوم غـــيره مقامـــه فيها[1].

إلا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت ، ولكن ليس ذلك بتوكيل . لأنـــه لم يوكل فى ذلك ولا وكل فيه غيره [2].واستثناء من عدم صحة التوكيل فـــى الصلاة ، يجوز التوكيل فى ركعتى الطواف تبعا للحج [3]. كما أن القصد مـــن الصلاة امتحان المكلف بكسر نفسه بالفعل ولا يقوم الأجير مقامه فى ذلك [4].

النوع الثالث : العبادات المشتملة على البدن والمال كـــالحج ، وهـــذا النوع من العبادات يحتاج إلى التفصيل الآتى :

فالنيابة فى حج الفرض ، إما أن تكون عن الميت ، وإما أن تكون عـــن الحى ، وإليك بيان الحكم فى الحالتين :

الحالة الأولى : النيابة عن الحى

إما أن يكون الحى قادرا على الحج بنفسه ، وإما أن يكون عاجزا عـــن الأداء بنفسه ، والحكم يختلف فى الحالتين :

أولا : حالة العجز عن الآداء بنفسه :

إذا كان الإنسان عاجزا عن أداء الحج بنفسه لمانع مئيوس[5] من زوالـه . كزمانه ، أو مرض لا يرجى زواله ، أو كان نضو [6].الخلق لا يقـــدر على

---

(١) نهاية المحتاج ، حـــ٥ ، ص٢٢ .

(٢) نهاية المحتاج ، حـــ٥ ، ص٢٢ .

(٣) نهاية المحتاج ، حـــ٥ ، ص٢٢ ؛ قليوبى وعميرة ، حـــ٣ ، ص٧٦ .

(٤) منهاج الطالبين مع قليوبى وعميرة ، حـــ٣ ، ص٧٦ .

(٥) يعرف كون المريض مأيوسا منه بقول مسلمين عدلين من أهل الخبرة . المجمـــوع ، حـــ٧ ، ص١١٦ .

(٦) النضو : المهزول .

الثبوت على الراحلة إلا بمشقة غير محتملة ، والشيخ الفانى ومن كان مثله .

فقد ذهب الحنفية [(١)]. والشافعية [(٢)]. والحنابلة [(٣)]. إلى صحة النيابة منه فى هذه الحالة ، واستدلوا على ذلك بالسنة المطهرة ، والمعقول :

أولا : السنة المطهرة :

١- عن عبدالله بن عباس رضى الله عنهما قال " كان الفضل رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاءت امرأة من خثعم ، فجعل الفضل ينظر إليها وتنظر إليه ، وجعل النبى صلى الله عليه وسلم يصرف وجه الفضل إلى الشق الآخر ، فقالت : يا رسول الله ، إن فريضة الله على عباده فى الحج أدركت أبى شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة ، أفأحج عنه ؟ قال : نعم . وذلك فى حجة الوداع . " متفق عليه . رواه البخارى [(٤)].

٢- وعن أبى رزين أنه أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله . إن أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج ولا العمرة ولا الظعن . قال " « حج عن أبيك واعتمر . » رواه أبو داود والنسائى ، والترمذى ، وقال : حديث حسن صحيح وذكره أحمد [(٥)].

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٢ ، شرح فتح القدير ، حـ٢ ، ص٣٢٦ ، ط - دار إحياء التراث العربى - بيروت ، حاشية ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٨ .

(٢) مغنى المحتاج ، حـ١ ، ص٤٦٩ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص٢٥٢ ، ٢٥٣ ؛ المجموع ، حـ٣ ، ص٩٣ ؛ منهاج الطالبين ، حـ٣ ، ص٧٦ .

(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص١٩ ؛ شرح منتهى الإدارات للبهوتى ، حـ١ ، ص٥١٩ ؛ عالم الكتب ، كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٠ ، دار الفكر .

(٤) فتح البارى بشرح صحيح البخارى للعسقلانى ، حـ٣ ، ص٤٤٢ ؛ الحديث ، ١٥١٣ من كتاب الحج ؛ سبل السلام للصنعانى ، حـ٢ ، ص٦٩٧ .

(٥) سنن أبى داود ، حـ١ ، ص٤٢٠ ؛ سنن الترمذى ، حـ٤ ، ص١٦٠ ؛ سنن النسائى، حـ٥ ، ص٨٨ ؛ سنن ابن ماجة ، حـ٢ ، ص٩٧٠ ؛ مسند الإمام أحمد ، حـ٤ ، ص١٠،١١،١٢ .

ثانيا : المعقول :

قالوا :

١- إن هذه عبادة تجب بإفسادها الكفارة ، فجاز أن يقوم غير فعله فيها مقام فعله . كالصوم إذا عجز عنه افتدى بخلاف الصلاة (١).

٢- وأنه مستطيع بغيره ، لأن الاستطاعة كما تكون بالنفس تكون ببذل المال وطاعة الرجال ، وإذا صدق عليه أنه مستطيع وجب عليه الحج للآية الكريمة (٢).

٣- وأنه عبادة تؤدى بالبدن والمال فيجب اعتبارها . ولا يمكن اعتبارهما فى حالة واحدة لتناف بين أحكامهما فنعتبرهما فى حالتين فنقول : لا تجوز النيابة فيه عند القدرة اعتبارا للبدن ، وتجوز عند العجز اعتبارا للمال عملا بالمعنيين فى الحالين (٣).

٤- وأنه أيس من الحج بنفسه فناب عنه غيره كالميت (٤).

وذهب المالكية (٥). إلى أنه لا تجوز النيابة فى الحج . واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والمعقول .

أولا : القرآن الكريم :

قول الله تعالى : « من استطاع إليه سبيلا » (٦). وهذا غير مستطيع.

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٠ .

(٢) مغنى المحتاج ، حـ١ ، ص ٤٦٩ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص ٢٥٣.

(٣) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٢.

(٤) المجموع للنووى ، حـ٧ ، ص ١١٢.

(٥) الخرشى ، حـ١ ، ص ٢٨٣ ، ٢٨٥ ، ٢٨٩ ، ط دار صادر بيروت ؛ حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٣٩.

(٦) سورة آل عمران ، الآية : ٩٧.

ثانيا : المعقول :

قالوا :

١- إن هذه عبادة لا تدخلها النيابة مع القدرة فلا تدخلـــها مـــع العجـــز كالصلاة والصوم [١].

٢- وأنه من الأعمال البدنية فلا تجوز فيه النيابة [٢]. والراجح هو قـــول الجمهور ، لقوة أدلته وللحاجة إلى ذلك .

وجوب النيابة فى الحج :

ذهب الشافعية[٣] . والحنابلة[٤] . إلى أن من وجدت فيه شرائط وجـــوب الحج ، وكان عاجزا عنه لمانع مأيوس من زواله ، متى وجد من ينوب عنـــه فى الحج ، وما لا يستنيب به ، لزمه ذلك . للأدلة التى ذكرناها .

فإن لم يجد ما لا يستنيب به فلا حج عليه بغير خلاف . لأن الصحيح لو لم يجد ما يحج به لم يجب عليه فالمريض أولى .

وإن وجد ما لا ولم يجد من ينوب عنه فقياس المذهب الحنبلى أنه ينبنـــى على الروايتين فى إمكان المسير ، هل هو من شرائط الوجوب أو من شـــرائط لزوم السعى ؟ فإن قلنا : من شرائط لزوم السعى . ثبت الحج فى ذمته ، هـــذا يحج عنه بعد موته . وإن قلنا : من شرائط الوجوب لم يجب عليه شئ .

كيفية النيابة فى الحج :

ذكر فى الأصل أن الحج يقـــع عن المحجوج عنه . لما روينا من حديث

---

(١) المغنى ، حـــ٥ ، ص ١٩ ، ٢٠.

(٢) الخرشى ، حـــ١ ، ٢٨٣.

(٣) المجموع شرح المهذب ، حـــ٧ ، ص٩٣ .

(٤) المغنى ، حـــ٥ ، ص١٩ .

الخثعمية حيث قال لها النبى صلى الله عليه وسلم : « حجى عن أبيك » . فقد أمرها النبى صلى الله عليه وسلم بالحج عن أبيها ، ولولا أن حجها يقع عن أبيها لما أمرها بالحج عنه .

ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قاس دين الله تعالى بدين العباد بقوله : أرأيت لو كان على أبيك دين . وذلك تجزئ فيه النيابة ، ويقوم فعل النائب مقام فعل المنوب عنه كذا هذا .

والدليل عليه أن الحاج يحتاج إلى نية المحجوج عنه كذا الإحرام ، ولو لم يقع نفس الحج عنه لكان لا يحتاج إلى نيته .

وروى عن محمد بن الحسن . أن نفس الحج يقع عن الحاج وإنما للمحجوج عنه ثواب النفقة . لأن الحج عبادة بدنية ومالية والبدن للحاج ، والمال للمحجوج عنه ، فما كان من البدن لصاحب البدن ، وما كان بسبب المال يكون لصاحب المال . والدليل عليه أنه لو ارتكب شيئا من محظورات الإحرام فكفارته فى ماله لا فى مال المحجوج عنه ، وكذا لو أفسد الحج يجب عليه القضاء ، فدل على أن نفس الحج يقع له .

إلا أن الشرع أقام ثواب نفقة الحج فى حق العاجز عن الحج بنفسه مقام الحج بنفسه نظرا له ومرحمة عليه [1].

شرائط جواز النيابة فى الحج :

يشترط لصحة النيابة فى الحج عدة شروط هى :

الشرط الأول : أن يكون المحجوج عنه عاجزا عن أداء الحج بنفسه ، وله مال يستنيب منه ، وهذا باتفاق الفقهاء [2]. فإذا كان قادرا على الأداء

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٢ ؛ حاشية ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤١ .

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٢ ؛ شرح فتح القدير ، حـ٢ ، ص٣٢٦ ؛ ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٨ ؛ المجموع ، حـ٧ ، ص٩٣ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص٢٥٢-٢٥٣ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص١٩ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٠ .

بنفسه ، بأن كان صحيح البدن وله مال . فإنه لا يجوز حج غيره عنه . لأنـه إذا كان قادرا على الأداء ببدنه وكان لديه مال يحج به ، فالفرض يتعلق ببدنـه لا بماله ، بل المال يكون شرطا . وإذا تعلق الفرض ببدنـه لا تجـزئ فيـه النيابة كالعبادات البدنية المحضة .

وكذا لو كان فقيرا صحيح البدن لا يجوز حج غيره عنه لأن المال مـن شرائط الوجوب ، فإذا لم يكن له مال لا يجب عليه أصلا ، فلا ينـوب عنـه غيره في أداء الواجب ولا واجب [1].

الشرط الثانى : العجز المستدام من وقت الإحجاج إلى وقت المـوت ، بأن يموت على مرضه . وهذا باتفاق الفقهاء [2].

فإذا عوفى المريض بعد أن حج عنه . هل يسقط عنه الحج ، أم يلزمـه أن يحج بنفسه ؟ .

للجواب على ذلك نقول : إما أن يكون عوفى بعد حج النائب ، وإمـا أن يكون عوفى قبل فراغ النائب من الحج ، وإما أن يكون عوفى قبـل إحـرام النائب .

حالات ثلاث :

الحالة الأولى : عوفى بعد الحج .

إذا عوفى المريض بعد ما حج عنه فقد ذهب الحنابلـة[3] . إلى أنـه لا

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٢١ .

(٢)البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛ شرح فتح القدير ، حـ٢ ، ص٣٢٦ ؛ ابـن عـابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٨ ؛ المجموع ، حـ٧ ، ص١١٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص٢٥٢؛ المغنى ، حـ٥ ، ص١٩ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٠ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ .

(٣)المغنى ، حـ٥ ، ص٢١ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ ؛ كشاف القنـاع ، حـ٢ ، ص٣٩١ .

يجب عليه حج آخر ، وهذا قول إسحق[1] .لأنه أتى بما أمر به فخـــرج مـــن العهدة كما لو لم يبرأ . أو نقول : أدى حجة الإسلام بأمر الشارع فلم يلزمـــه حج ثان ، كما لو حج بنفسه ، والمعتبر لجواز الاستنابة اليأس ظاهرا .

ولأن هذا يفضى إلى إيجاب حجتين عليه ولم يوجب الله عليه إلا حجـــة واحدة .

وذهب الحنفية [2]. والشافعية فى الأصح [3]. وابن المنـــذر . إلـــى أنـــه يلزمه حج ثان ، ولم يجز حج غيره عنه . لأن هذا بدل إياس فإذا بـــرأ تبينـــا أنه لم يكن مأيوسا منه فلزمه الأصل كالآيسة إذا اعتدت بالشهور ثم حـــاضت لا تجزئها تلك العدة .

كما أن جواز حج الغير عن الغير ثبت بخلاف القياس لضرورة العجـــز الذى لا يرجى زواله فيتقيد الجواز به [4].

والراجح هو الرأى الأول لقوة وجهه .

الحالة الثانية : عوفى قبل فراغ النائب من الحج .

أما إن عوفى قبل فراغ النائب من الحج فينبغى عند الحنابلة . ألا يجزئـــه الحج . لأنه قدر على الأصل قبل تمام البدل فلزمه . كالصغيرة ومن ارتفـــع حيضها إذا حاضتا قبل إتمام عدتهما بالشهور ، وكالمتيمم إذا رأى المـــاء فى

---

(١)المغنى ، حـــ٥ ، ص٢١ .

(٢)البدائع ، حـــ٢ ، ص٢١٣ ؛ شرح فتح القدير ، حـــ٢ ، ص٣٢٦ ؛ ابـــن عـــابدين ، حـــ٢ ، ص٢٣٨ .

(٣) مغنى المحتاج ، حـــ١ ، ص٤٦٩ ؛المجموع ، حـــــ٧ ، ص١١٣ ، ١١٥؛ نهايـــة المحتاج ، حـــ٣ ، ص٢٥٣.

(٤)البدائع ، حـــ٢ ، ص٢١٣ .

صلاته .

ويحتمل عندهم . أن يجزئه كالمتمتع إذا شرع في الصيام ثم قدر على الهدى ، والمكفر إذا قدر على الأصل بعد الشروع في البدل [1].

الحالة الثالثة : عوفى قبل إحرام النائب :

أما إن عوفى قبل إحرام النائب لم يجزئه بحال [2]. لقدرته على المبدل قبل الشروع في البدل [3].

النيابة عن المريض الذى يرجى برؤه :

هل يجوز للمريض الذى يرجى برؤه أن يستنيب من يحج عنه ؟ .

اختلف الفقهاء في ذلك .

فذهب الشافعية [4]. والحنابلة [5] . إلى أن من يرجى زوال مرضه ، والمحبوس ونحوه ليس له أن يستنيب ، فإن فعل لم يجزئه وإن لم يبرأ . لأنه يرجو القدرة على الحج بنفسه فلم يكن له الاستنابة ولا تجزئه إن فعل كالفقير.

كما أن النص إنما ورد في الحج عن الشيخ الكبير وهو ممن لا يرجى منه الحج بنفسه ، فلا يقاس عليه إلا من كان مثله .

---

(١) المغنى ، ص٢١ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩١ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ .

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢١ .

(٣) شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ ، كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩١ .

(٤) مغنى المحتاج ، حـ١ ، ص٤٦٩ ؛المجموع ، حـ٧ ، ص١١٢.

(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٢ ؛ شرح منتهى الإرادات ، ح١ ، ص٥١٩ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩١ .

فعلى هذا : إذا استناب من يرجو القدرة على الحج بنفسه ، ثـــم صـــار مأيوسا من برئه فعليه أن يحج عن نفسه مرة أخرى . لأنه استناب فى حـــال لا يجوز له الاستنابة فيها فأشبه الصحيح [1].

وذهب الحنفية [2]. إلى جواز الاستنابة فى هذه الحالة ، على أن يكـــون ذلك مراعى . فإن قدر على الحج بنفسه لزمه ، وإلا أجزأه ذلك . لأنه عـــاجز عن الحج بنفسه ، أشبه المأيوس من برئه .

يقول الكاسانى[3] :" الجواز موقوف إن مات وهو مريـــض أو محبـــوس جاز، وإن زال المرض أو الحبس قبل الموت لم يجز " .

والراجح هو الرأى الأول لقوة وجهه .

الشرط الثالث : الأمر بالحج :

فلا يجوز حج الغير عنه بغير أمره . لأن جوازه بطريق النيابة عنـــه ، والنيابة لا تثبت إلا بالأمر . وهذا بالاتفاق [4].

إلا الوارث يحج عن مورثه بغير أمره فإنه يجوز بالنص ولوجود الأمـــر هناك دلالة [5].

جاء فى المغنى لابن قدامة[6] . " لا يجوز الحج ولا العمرة عن حى إلا

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٢ .

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ، شرح فتح القدير ، حـــ٢ ، ص٣٢٦ ؛ حاشـية ابـن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٨ .

(٣) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣.

(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛المجموع ، حـ٧ ، ص٩٨ ، ١١٤ ؛ المغنى ،حـ٥ ، ص٢٧ .

(٥) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛ ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٩.

(٦) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٧ .

بإذنه فرضا كان أو تطوعا . لأنه عبادة تدخلها النيابة فلم تجز عن البالغ العاقل إلا بإذنه كالزكاة . فأما الميت فتجوز عنه بغير إذنه واجبا كان أو تطوعا . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر بالحج عن الميت وقد علم أنه لا إذن له ، وما جاز فرضه جاز نفله كالصدقة " .

الشرط الرابع : نية المحجوج عنه عند الإحرام :

لأن النائب يحج عنه لا عن نفسه ، فلابد من نيته . والأفضل أن يقول بلسانه : لبيك عن فلان ، كما إذا حج عن نفسه [١].

ويكفى أن ينوى النائب عن المستنيب وإن لم يسمه لفظا . وإن نسى اسمه ونسبه نوى من دفع إليه المال ليحج عنه [٢].

وقال الشافعية لا تكفى نية المستنيب فى الحج . لأن العبادة فى الحج فعل النائب فوجبت النية منه [٣].

الشرط الخامس : أن يكون حج المأمور بمال المحجوج عنه :

فإن تطوع الحاج عنه بمال نفسه لم يجز عنه حتى يحج بماله . وكذا إذا كان قد أوصى أن يحج عنه بماله ومات فتطوع عنه وارثه بمال نفسه . لأن الفرض تعلق بماله فإذا لم يحج بماله لم يسقط عنه الفرض .

ولأن مذهب محمد بن الحسن – كما سبق – أن نفس الحج يقع للحاج وإنما للمحجوج عنه ثواب النفقة . فإذا لم ينفق من ماله فلا شئ له رأسا [٤].

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛ ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ ، ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٣٨ ..

(٣) نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص١٣٨.

(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣.

الشرط السادس : الحج راكبا :

حتى لو أمره بالحج فحج ماشيا يضمن النفقة ، ويحج عنه راكبـــا . لأن المفروض عليه هو الحج راكبا فينصرف مطلق الأمر بالحج إليه . فإذا حـــج ماشيا فقد خالف فيضمن [١].

الشرط السابع : أن يكون النائب قد حج عن نفسه أولا :

وهذا الشرط اختلف فيه الفقهاء .

فذهب الشافعية[٢] . والحنابلة[٣] . إلى أنه ليس لمن لم يحج حجة الإسلام أن يحج عن غيره ، فإن فعل وقع إحرامه عن حجة الإسلام . وبهذا قـــال الأوزاعى واسحق [٤].

واستدلوا على ذلك بالسنة ، والمعقول :

أولا : السنة المطهرة :

عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليـــه وسلم سمـــع رجلا يقول : لبيك عن شبرمة . قال : من شبرمة ؟ قال أخ لى أو قريب لـــى فقال : « حججت عن نفسك ؟ » قال : لا . قال « حج عن نفســـك ، ثـــم حج عن شبرمة » [٥]. رواه أبو داود ، وابن ماجة ، وصححه ابن حبان .

ويستدل بهذا الحديث من وجهين :

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣.

(٢)المجموع ، حـ٧ ، ص١١٧.

(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥٢٠ .

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ .

(٥) سبل السلام ، حـ٢ ، ص٧٠٣ ، ط – دار الجيل بيروت .

أحدهما : أنه سأله عن حجه عن نفسه ، ولولا أن الحكم يختلف لم يكن لسؤاله معنى .

والثانى : أنه أمره بالحج عن نفسه أولا ، ثم عن شبرمة فدل أنه لا يجوز الحج عن غيره قبل أن يحج عن نفسه [١].

ثانيا : المعقول :

قالوا :

١-أنه حج عن غيره قبل الحج عن نفسه فلم يقع عن الغير كما لو كان صبيا [٢].

٢-وأن حجه عن نفسه فرض عليه ، وحجه عن غيره ليس بفرض ، فلا يجوز ترك الفرض بما ليس بفرض[٣] .

إذا ثبت هذا ، فإن عليه رد ما أخذ من النفقة . لأنه لم يقع الحج عنه فأشبه ما لو لم يحج [٤].

وذهب الحنفية [٥]. إلى أن النيابة تصح سواء كان النائب قد حج عن نفسه أو لا . إلا أن الأفضل أن يكون قد حج عن نفسه . ويسمى حج الصرورة [٦].

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣.

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢.

(٣) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣.

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ .

(٥) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛ ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤١ .

(٦) حج الصرورة : هو الذى لم يحج حجة الإسلام ، سمى بذلك لأنه صر بنفسه عن إخراجها فى الحج . المجموع ، حـ٧ ، ص١١٣ ، ١١٧ .

واستدلوا على ذلك بالسنة ، والمعقول :

أولا : السنة المطهرة :

حديث الخثعمية السابق . فالنبى صلى الله عليه وسلم قال لها « حجـــى عن أبيك » ولم يستفسر أنها كانت حجت عن نفسها أو كانت صرورة . ولــو كان الحكم يختلف لاستفسر منها عن ذلك .

ثانيا : المعقول :

قالوا : إن الأداء عن نفسه لم يجب فى وقت معين ، فالوقت كما يصلـــح لحجه عن نفسه يصلح لحجه عن غيره ، فإذا عينه لحجه عـــن غـــيره وقـــع عنه .

ولهذا قال الحنفية : إن الصرورة إذا حج بنية النفل أنه يقع عن النفـــل . لأن الوقت لم يتعين للفرض بل يقبل الفرض والنفل . فإذا عينه للنفل تعين لـــه إلا عند إطلاق النية يقع عن الفرض لوجود نية الفـــرض بدلالـــة حالـــه ، إذ الظاهر أنه لا يقصد النفل وعليه الفرض ، فانصرف المطلق إلى المقيد بدلالـة حاله ، لكن الدلالة إنما تعتبر عند عدم النص بخلافها . فإذا نوى التطوع فقـد وجد النص بخلافها فلا تعتبر الدلالة .

إلا أن الأفضل أن يكون قد حج عن نفسه . لأنه بـــالحج عـــن غـــيره يصير تاركا إسقاط الفرض عن نفسه ، فيتمكن من هـــذا الإحجـــاج ضـــرب كراهة .

ولأنه إذا حج مرة كان أعرف بالمناسك وكذا هـــو أبعـــد عـــن محـــل الخلاف فكان أفضل[1] .

---

(١) البدائع ، حـــ٢ ، ص٢١٣؛ والحديث الذى استدل به أصحاب الرأى الأول محمـــول على الأفضلية توفيقا بين الدلائل .

وهذا القول – الذى قال به الحنفية – هو قول الحسن ، وابراهيم ، وأيوب السخيتانى ، وجعفر بن محمد ، وحكى عن أحمد مثل ذلك [1].

وقال الثورى [2]: إن كان يقدر على الحج عن نفسه حج عن نفسه ، وإن لم يقدر على الحج عن نفسه حج عن غيره . لأن الحج مما تدخله النيابة ، فجاز أن يؤديه عن غيره من لم يسقط فرضه عن نفسه كالزكاة .

وقال أبو بكر عبد العزيز [3]. يقع الحج باطلا ، ولا يصح عنه ولا عن غيره . وروى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما[4] ، لأنه لما كان من شرط طواف الزيارة تعيين النية ، فمتى نواه لغيره ، ولم ينو لنفسه ، لم يقع عن نفسه ، كذا الطواف حاملا لغيره لم يقع عن نفسه .

والراجح هو الرأى الأول لقوة أدلته .

نيابة المرأة فى الحج :

تجوز النيابة فى الحج بالشروط السابقة ، سواء كان النائب رجلا أو امرأة ، وهذا فى قول عامة أهل العلم [5].

غير أنه جاء فى البدائع [6]. يجوز مع الكراهية وهو قول الحسن بن صالح [7]. أما الجواز فلحديث الخثعمية .

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ .
(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ .
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ .
(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٤٢ .
(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٧ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩١ ؛ البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ؛ الهداية مع فتح القدير ، حـ٢ ، ص٤٠٣ ؛ ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤١ .
(٦) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ .
(٧) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٧ .

وأما الكراهة . فلأنه يدخل فى حجها ضرب نقصان . لأن المرأة لا تستوفى سنن الحج . فإنها لا ترمل فى الطواف ، وفى السعى بين الصفا والمروة ، ولا تحلق[1] .

يقول ابن قدامة [2]. " يجوز أن ينوب الرجل عن الرجل والمرأة ، والمرأة عن الرجل والمرأة فى الحج فى قوله عامة أهل العلم لا نعلم فيه مخالفا إلا الحسن بن صالح . فإنه يكره حج المرأة عن الرجل . قال ابن المنذر هذه غفلة عن ظاهر السنة " .

فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمر المرأة أن تحج عن أبيها وعليه يعتمد من أجاز حج المرء عن غيره .

وفى الباب حديث أبى رزين وأحاديث سواه " .

النيابة فى حجة الفرض وحجة النذر معا :

إذا كان على الإنسان حجة الإسلام ، وحجة النذر فاستأجر رجلين يحجان عنه فى سنة واحدة ، فقد نص فى الأم أنه يجوز وكان أولى . لأنه لم يقدم النذر عن حجة الإسلام . ومن أصحاب الشافعى من قال : لا يجوز . لأنه لا يحج بنفسه حجتين فى سنة وليس بشئ . كما قال النووى [3].

ثانيا : حالة القدرة على الحج بنفسه :

الحج إما أن يكون فرضا ، وإما أن يكون نذرا ، وإما أن يكون تطوعا .

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ .

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٧ .

(٣) فى المجموع ، حـ٧ ، ص١٧٧ .

أ – حج الفرض :

اتفق الفقهاء [1]. على أنه لا يجوز أن يستنيب من يقدر على الحج بنفسه في الحج الواجب .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من عليه حجة الإسلام وهو قادر على أن يحج لا يجزئ عنه أن يحج غيره عنه [2]. لأن الفرض عليه فى بدنه فلا ينتقل الفرض إلى غيره إلا فى الموضع الذى وردت فيه الرخصة ، وهو إذا أيس ، وبقى فيما سواه على الأصل فلا يجوز النيابة عنه فيه [3].

ب- الحج المنذور :

والحج المنذور كحجة الإسلام فى إباحة الاستنابة عند العجز والمنع منها مع القدرة . لأنها حجة واجبة [4].

جـ – حج التطوع :

فأما حج التطوع فينقسم أقساما ثلاثة [5]:

أحدها : أن يكون ممن لم يؤد حجة الإسلام . فلا يصح أن يستنيب فى حجة التطوع . لأنه لا يصح أن يفعله بنفسه فبنائبه أولى .

الثانى : أن يكون ممن قد أدى حجة الإسلام وهو عاجز عن الحج بنفسه . فيصح أن يستنيب فى حجة التطوع . فإن ما جازت الاستتابة فى فرضه جازت فى نفله . كالصدقة .

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٢ ؛ المجموع ، حـ٧ ، ص١١٢ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٢٢ .

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٢ .

(٣) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٢ .

(٤) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٤ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٢٢ .

(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٢ .

الثالث : أن يكون قد أدى حجة الإسلام ، وهو قادر على الحج بنفسه . وفى هذه الحالة اختلف الفقهاء .

فذهب أبو حنيفة [1]. والحنابلة فى رواية[2] . إلى أنه تجوز الاستنابة . لأنها حجة لا تلزمه بنفسه فجاز أن يستنيب فيها كالمعضوب .

وذهب الشافعية فى الصحيح عندهم [3]. والحنابلة فى الرواية الثانية [4]. إلى عدم جواز الاستنابة . لأنه قادر على الحج بنفسه فلم يجز أن يستنيب فيه كالفرض . جاء فى المجموع [5]. " الصحيح لا يصح استنابته فى حج فرض ولا نفل . وبه قال مالك وابن المنذر وداود . وجوز أبو حنيفة وأبو ثور استنابته فى التطوع وهو رواية عن مالك . دليلنا القياس على الفرض . قال ابن المنذر : وقد أجمعوا على أنه لا يصوم أحد عن حى ، ولا يصلى ، ولا يعتكف تطوعا " .

والراجح هو الرأى الأول لقوة وجهه .

العجز عن حج التطوع عجزا مرجو الزوال :

إذا كان الإنسان عاجزا عن حج التطوع عجزا مرجو الزوال ، كالمريض مرضا يرجى برؤه ، والمحبوس جاز له أن يستنيب فيه . لأنه حج لا يلزمه عجز عن فعله بنفسه فجاز له أن يستنيب فيه كالشيخ الكبير .

والفرق بينه وبين حج الفرض . أن الفرض عبادة العمر فلا يفوت بتأخيره عن هذا العام . والتطوع مشروع فى كل عام فيفوت حج هذا العام

---

(١) ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤١ .

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٣ .

(٣) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٦ .

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٣ .

(٥) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٦ .

بتأخيره . ولأن حج الفرض إذا مات قبل فعله فعل بعد موته ، وحج التطوع لا يفعل فيفوت [1].

ما يصير به النائب مخالفا وحكمه إذا خالف :

١- أمره بالإفراد فقرن :

إذا أمر النائب بالإفراد فقرن ، فقد ذهب الشافعية [2]. والحنابلة [3]. إلى أنه لا يكون مخالفا ولا يضمن شيئا . ووقع الحج والعمرة عن المحجوج عنه. لأنه فعل المأمور به وزاد خيرا فكان مأذونا فى الزيادة دلالة فلم يكن مخالفا فصح ولم يضمن . كما لو أمره بشراء شاة بدينار فاشترى به شاتين تساوى إحداهما دينارا .

وقال أبو يوسف ومحمد [4]. أيضا : يجزى ذلك عن الآمر نستحسن وندع القياس فيه ولا يضمن فيه دم القرآن على الحاج . لأن الحاج إذا قرن بإذن المحجوج عنه كان الدم على الحاج .

وذهب أبو حنيفة [5]. إلى أنه يكون مخالفا ويضمن. لأنه لم يأت بالمأمور به . لأنه أمر بسفر يصرفه إلى الحج لا غير ، ولم يأت به ، فقد خالف أمر الآمر فضمن .

٢- أمره بالحج فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات :

إذا أمر النائب بحج . فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات ، ثم حج .

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٣ .
(٢) المجموع ، حـ٧ ، ص١٣٩ .
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٨ .
(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٣ ، ٢١٤.
(٥) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٤ .

فقد ذهب الشافعية [١]. والحنابلة [٢]. إلى أنه إذا خرج إلى الميقات فأحرم منه بالحج جاز ولا شئ عليه . وإن أحرم بالحج من مكة فعليه دم . لترك ميقاته ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام الحج فيما بين الميقات ومكة . لأنه إذا أحرم من الميقات فقد أتى بالحج صحيحا من ميقاته ، وإن أحرم به من مكة فما أخل إلا بما يجبره الدم فلم تسقط نفقته كما لو تجاوز الميقات غير محرم فأحرم دونه .

وذهب أبو حنيفة [٣]. والقاضى [٤]. إلى أنه لا يقع فعله عن الآمر ، ويرد جميع النفقة . لأنه أتى بغير ما أمر به فيكون مخالفا فيضمن . لأنه أمره بصرف كل السفر إلى الحج ولم يأت به . لأنه أدى بالسفر حجا عن الآمر وعمرة عن نفسه فكان مخالفا .

وقال أبو يوسف [٥]: تقسم النفقة على الحج والعمرة ويطرح عن الحج ما أصاب العمرة ، ويجوز ما أصاب الحج . لأن المأمور فعل ما أمر به وهو الحج عن الآمر وزاده إحسانا حيث أسقط عنه بعض النفقة .

٣- أمره بالحج فاعتمر :

لو أمره أن يحج عنه ، فاعتمر . ضمن لأنه خالف ولو اعتمر ثم حج من مكة يضمن النفقة فى قول الحنفية جميعا [٦]. لأمره له بالحج بسفر وقد أتى بالحج من غير سفر . لأن صرف سفره الأول إلى العمرة فكان مخالفا

---

(١) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٨ .

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٧،٢٨ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٨ .

(٣) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٤ .

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٨ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٨ .

(٥) البدائع ، حـ٥ ، ص٢١٤ .

(٦) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٤ .

فيضمن النفقة .

٤- أمره بالتمتع فقرن :

إذا أمر النائب بالتمتع فقرن . وقع عن الآمر . لأنه أمر بـــهما ، وإنمـــا خالف فى أنه أمره بالإحرام بالحج من مكة فأحرم به من الميقات .

وظاهر كلام أحمد أنه لا يرد شيئا من النفقة وهو مذهب الشافعى . وقال القاضى : يرد نصف النفقة . لأن غرضه فى عمرة مفردة وتحصيل فضيلـــة التمتع وقد خالف فى ذلك وفوته عليه(١) .

٥- أمره بالتمتع فأفرد :

إذا أمر النائب بالتمتع فأفرد . وقع عن المستنيب ويرد نصـــف النفقـــة . لأنه أخل بالإحرام بالعمرة من الميقات وقد أمره به وإحرامـــه بـــالحج مـــن الميقات زيادة لا يستحق به شيئا (٢).

٦- أمره بالقران فأفرد أو تمتع :

إذا أمر النائب بالقران فأفرد أو تمتع صح ووقع النسكان عـــن الآمـــر ، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام النسك الذى تركه مـــن الميقـــات (٣). وفى جميع ذلك إذا أمره بالنسكين ففعل أحدهما دون الآخر ، رد مـــن النفقـــة بقدر ما ترك ووقع المفعول عن الآمر ، وللنائب من النفقة بقدره (٤).

٧- **أمره بالحج فحج ثم اعتمر لنفسه** : إذا أمر النائب بالحج فحج ثـــم اعتمر لنفسه أو أمر بعمرة فاعتمر ثم حج عن نفسه .صح، ولم يرد شيئا من

---

(١) المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٨ .
(٢) المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٨ .
(٣) المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٨ .
(٤) المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٨ ؛ كشاف القناع ، حـــ٢ ، ص٣٩٨ .

النفقة . لأنه أتى بما أمر به على وجهه[1].

٨- أمره بالإحرام من بلده فخالف : إذا أمر النائب بالإحرام من بلـده ، فأحرم من الميقات جاز . لأنه الأفضل .

وإن أمره بالإحرام من الميقات فأحرم من بلده جـاز ، لأنـه زيـادة لا تضر[2] .

٩- أمره بالحج فى سنة معينة فخالف : إذا أمر النائب بالحج فى سـنة معينة ، أو بالاعتمار فى شهر معين ففعله فى غيره جاز . لأنه مـأذون فيـه فى الجملة [3].

النيابة عن رجل فى الحج وعن آخر فى العمـرة : إذا أمـره أحدهمـا بحجة وأمره الآخر بعمرة . فإن أذنا له بالجمع وهو القران فجمع جاز .

لأنه أمر بسفر ينصرف بعضه إلى الحج وبعضه إلى العمرة وقد فعـل ذلك فلم يصر مخالفا .

وإن لم يأذنا له بالجمع . فجمع . ذكر الكرخـى أنـه يجـوز ، وذكـر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى أنه لا يجوز على قول أبى حنيفة . لأنـه خالف . لأنه أمر بسفر ينصرف كله إلى الحج وقد صرفه إلى الحج والعمـرة فصار مخالفا .

وإنما يصح هذا على ما روى عن أبى يوسف أن من حج عـن غـيره واعتمر عن نفسه جاز [4].

وذهب الشافعى فى الجديد . إلى أنه إذا استأجر رجلان شخصا أحدهما

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٩ .
(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٩ .
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٩ .
(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٥ .

ليحج عنه والثانى ليعتمر عنه فقرن عنهما، يقعان عن الأجير. وعلى الثانى . يقع عن كل واحد ما استأجر له [1].

وقال الحنابلة [2]: إن استنابه رجل فى الحج وآخر فى العمرة ، وأذنا له فى القران ، ففعل جاز . لأنه نسك مشروع .

وإن قرن من غير إذنهما صح ، ووقع عنهما ، ويرد من نفقة كل واحد منهما نصفها ، لأنه جعل السفر عنهما بغير إذنهما .

وإن أذن أحدهما دون الآخر ، رد على غير الآمر نصف نفقته وحده ، لأنه أتى بما أمر به ، وإنما خالف فى صفته لا فى أصله .

وقال القاضى [3]: إذا لم يأذنا له ضمن الجميع . لأنه أمر بنسك مفرد ، ولم يأت به فكان مخالفا . كما لو أمر بحج فاعتمر .

١١- الاستنابة فى الحج عن رجلين :

لو أمره رجل أن يحج عنه حجة ، وأمره آخر أن يحج عنه أيضا. فأحرم بحجة . فهذا لا يخلو عن أحد وجهين :

إما أن يكون أحرم بحجة عنهما جميعا ، وإما أن يكون أحرم بحجة عن أحدهما . حالتان :

الحالة الأولى : الإحرام بحجة عنهما معا :

وفى هذه الحالة يكون مخالفا ويقع الحج عنه باتفاق الفقهاء [4].لأنه لا يمكن وقوعه عنهما معا وليس أحدهما بأولى من صاحبه .

---

(١) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٨، ١١٩ .

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٩ .

(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٩ .

(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٥ ؛ المجموع ، حـ٧ ، ص١٣٨ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٢٩ ، ٣٠ .

ويضمن النفقة لهما إن كان أنفق من مالهما . لأن كل واحد منهما أمـــره بحج تام ولم يفعل فصار مخالفا لأمرهما فلم يقع حجة عنهما فيضمن لـــهما ، لأن كل واحد منهما لم يرض بإنفاق ماله فيضمن .

وإنما وقع الحج عن الحاج . لأن الأصل أن يقع كل فعل عـــن فاعلـــه ، وإنما يقع لغيره بجعله ، فإذا خالف لم يصر لغيره فبقى فعله له ، ولـو أراد أن يجعله لأحدهما لم يملك ذلك .

بخلاف الإبن إذا أحرم بحجة عن أبويه أنـــه يجزئـــه أن يجعلـــه عـــن أحدهما. لأن الإبن غير مأمور بالحج عن الأبوين فلا تتحقق مخالفة الآمـــر . وإنما جعل ثواب الحج الواقع عن نفسه فى الحقيقة لأبويه وكان من عزمـه أن يجعل ثواب حجه لهما ثم نقض عزمه وجعله لأحدهما وهنا بخلافـــه . لأن الحاج متصرف بحكم الآمروقد خالف أمرهما فلا يقع حجه لهما ولا لأحدهما.

الحالة الثانية : الإحرام بحجة عن أحدهما :

وفى هذه الحـــالة . إن أحرم لأحدهما عينا وقع الحج عن الذى عينـــه ، ويضمن النفقة للآخر وهذا ظاهر .

وإن أحرم بحجة عن أحدهما غير معين . كان له أن يجعلها عن أحدهمـا أيهما شاء ما لم يتصل بها الأداء . وهذا قول أبى حنيفة ومحمد استحسـانا [١]. والشافعية [٢]. والحنابلة فى وجه [٣]. واختاره أبو الخطاب [٤].

ووجه الاستحسان : أنه قد صح من أصل الحنفية أن الإحرام ليس من

---

(١) البدائع ، حـــ٢ ، ص٢١٥ .
(٢) المجموع ، حـــ٧ ، ص١٣٨ .
(٣) المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٩،٣٠ .
(٤) المغنى ، حـــ٥ ، ص٢٩ ،٣٠ .

الأداء بل هو شرط جواز أداء أفعال الحج فيقتضى تصور الأداء ، والأداء متصور بواسطة التعيين ، فإذا جعله عن أحدهما قبل أن يتصل به شئ من أفعال الحج تعين له فيقع عنه .

فإذا لم يجعلها عن أحدهما حتى طاف شوطا ثم أراد أن يجعلها عن أحدهما لم تجز عن واحد منهما . لأنه إذا اتصل به الأداء تعذر تعيين القدر المؤدى لأن المؤدى قد مضى وانقضى فلا يتصور تعيينه فيقع عن نفسه وصار إحرامه واقعا له لاتصال الأداء به [1].

والقياس عند أبى حنيفة ومحمد [2]. ألا يجوز له ذلك ويقع الحج عن نفسه ويضمن النفقة لهما . وهو احتمال عند الحنابلة [3].

ووجه القياس عندهما . أنه خالف الأمر . لأنه أمر بالحج لمعين وقد حج لمبهم ، والمبهم غير المعين فصار مخالفا ويضمن النفقة ، ويقع الحج عن نفسه كما ذكرنا . بخلاف ما إذا أحرم الإبن بالحج عن أحد أبويه أنه يصح وإن لم يذكر معينا ، لما ذكرنا ، أن الإبن فى حجه لأبويه ليس متصرفا بحكم الأمر حتى يصير مخالفا للأمر بل هو يحج عن نفسه ، ثم يجعل ثواب حجه لأحدهما وذلك جائز وههنا بخلافه [4].

وإن أحرم عن نفسه وغيره ، وقع عن نفسه ، لأنه إذا وقع عن نفسه ولم ينوها فمع نيته أولى [5].

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٥ .
(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٤ .
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص٣٠ .
(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٤ .
(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص٣٠ .

١٢- إستنابه فى الحج فحج عنه ماشيا :

لو أمره أن يحج عنه فحج ماشيا يضمن . لأنه خالفه . لأن الأمر بالحج ينصرف إلى الحج المتعارف فى الشرع وهو الحج راكبا . لأن الله تعالى أمر بذلك، فعند الإطلاق ينصرف إليه . فإذا حج ماشيا فقد خاف فيضمن لما قلنا.

ولأن الذى يحصل للآمر بالحج هو ثواب النفقة والنفقة فى الركوب أكثر فكان الثواب فيه أوفر .

ولهذا قال محمد بن الحسن : إن حج على حمار كرهت له ذلك ، والجمل أفضل . لأن النفقة فى ركوب الجمل أكثر فكان حصول المقصود فيه أكمل فكان أولى [١].

١٣- فعل النائب فى الحج ما يوجب الدم أو غيره :

إذا فعل المأمور بالحج ما يوجب الدم أو غيره فهو عليه ، ولو قرن عن الأمر بأمره فدم القران عليه. هذا ما ذهب إليه الحنفية [٢]. والشافعية فى الأصح [٣]. والحنابلة [٤]. وفى الثانى عند الشافعية على الأجير [٥].

والحاصل أن جميع الدماء المتعلقة بالإحرام فى مال الحاج إلا دم الإحصار خاصة [٦]. فإنه فى مال المحجوج عند كذا ذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى . دم الإحصار ولم يذكر الاختلاف . وكذا ذكر القاضى فى

---

(١)البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٥ .

(٢)البدائع ، حـ٢ ، ص٢١٥ .

(٣) المجموع حـ٧ ، ص ١٣٢.

(٤) شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص ٥٢٢ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٥.

(٥) المجموع ، حـ٧ ، ص ١٣٢.

(٦) ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤٦.

شرحه مختصر الطحاوى ولم يذكر الخلاف . . وذكر فى بعض نسخ الجـامع الصغير أنه على الحاج عند أبى يوسف .

أما ما يجب بالجناية . فلأنه هو الذى جنى فكان عليه الجـزاء . ولأنـه أمر بحج خال عن الجناية ، فإذا جنى فقد خالف فعليه ضمان الخلاف .

وأما دم القران . فلأنه دم نسك . لأنه يجب شكرا وسائر أفعال النسـك على الحاج ، فكذا هذا النسك .

وأما دم الإحصار ، فلأن المحجوج عنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة . فكان من جنس النفقة والمؤنة ، وذلك عليه كذا هذا [1].

١٤- جماع النائب فى الحج قبل الوقوف بعرفه :

إذا جامع الحاج عن غيره قبل الوقوف بعرفه فسد حجه ويمضى فيـه ، والنفقة فى ماله . ويضمن ما أنفق من مال المحجوج عنه قبل ذلك ، وعليـه القضاء من مال نفسه . عند الحنفية [2].

أما فساد الحج . فلأن الجماع قبل الوقوف بعرفه مفسد للحج ، والحجـة الفاسدة يجب المضى فيها ، ويضمن ما أنفق من مال المحجوج عنـه قبـل ذلك، وعليه القضاء من مال نفسه . ويضمن ما أنفق من مال الآمر قبل ذلـك. لأنه خالف .

لأنه أمر بحجة صحيحة وهى الخالية عن الجماع ولم يفعل ذلك فصـار مخالفا فيضمن ما أنفق وما بقى ينفق فيه من مالـه . لأن الحـج وقـع لـه ويقضى. لأن من أفسد حجه يلزمه قضاؤه . فإن فاته الحج يصنع ما يصنـع فائت الحج بعد شروعه فيه ، ولا يضمن النفقة ، لأنه فاته بغير صنعـه فلـم

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٥.

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٥. ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤٧.

يوجد منه الخلاف . فلا يجب الضمان وعليه عن نفسه الحج من قابل ، لأن الحجة قد وجبت عليه بالشروع ، فإذا فاتت لزمه قضاؤها . وهذا على قول محمد بن الحسن ظاهر . لأن الحج عنده يقع عن الحاج [1].

وعند الشافعية يقول النووى [2]: « إذا جامع الأجير وهو محروم قبل التحلل الأول فسد حجه وانقلب الحج إليه فيلزمه الفدية فى ماله ، والمضى فى فاسده ، والقضاء.هذا هو الصحيح المشهور وبه قطع الجمهور وتظاهرت عليه نصوص الشافعى . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء بل يبقى صحيحا واقعا عن المستأجر . لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره ، وبهذا القول قال المزنى أيضا .

والمذهب الأول قال إمام الحرمين إنما قلنا تنقلب الحجة الفاسدة إلى الأجير ، ولا تضاف بعد الفساد إلى المستأجر . لأن الحجة المطلوبة لا تحصل بالحجة الفاسدة . بخلاف من ارتكب محظورا غير مفسد وهو أجير ، لأن مثل هذه الحجة يعتد بها شرعا فوقع الاعتداد به فى حق المستأجر والحج

الحالة الثانية : النيابة عن الميت

ذهب الشافعية[3] . والحنابلة [4]. إلى أنه متى توفى من وجب عليه الحج ولم يحج ، وجب أن يخرج عنه من جميع ماله ما يحج به عنه ويعتمر . سواء أوصى به أم لا ، وبهذا قال ابن عباس وأبو هريرة [5]. والحسن

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص ٢١٥. ابن عابدين ، حـ٢ ، ص٢٤٧.

(٢) فى المجموع ، حـ٧ ، ص ١٣٤.

(٣) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٢،١٠٩ ؛ مغنى المحتاج ، حـ١ ، ص٤٦٨ ؛ منهاج الطالبين ، حـ٣ ، ص١٧٤ .

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص٣٨ وما بعدها ، كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٢ ، ٣٩٣ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص٥١٩ .

(٥) المجموع ، حـ٧ ، ص١١٢.

وطاوس [1].

واستدلوا على ذلك بالسنة ، والمعقول :

أولا : السنة المطهرة :

١- روى بريدة قال : " أتت النبي صلي الله عليه وسلم امرأة فقالت يا رسول الله إن أمى ماتت ولم تحج قال حجى عن أمك .

٢- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن أبيها مات ولم يحج ؟ قال : « حجى عن أبيك » .

٣- وعنه أيضا أن امرأة نذرت أن تحج فماتت فأتى أخوها النبي صلي الله عليه وسلم ، فسأله عن ذلك ؟ فقال : « أرأيت لو كان على أختك دين كنت قاضيه » ؟ قال : نعم . قال « فاقضوا الله فهو أحق بالقضاء » .

ثانيا : المعقول :

قالوا :

إنه حق تدخله النيابة لزمه فى حال الحياة ، فلم يسقط بالموت كدين الآدمى [2]. والعمرة كالحج فى القضاء فإنها واجبة ، وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم أبا رزين أن يحج عن أبيه ويعتمر ويكون ما يحج به ويعتمر من جميع ماله لأنه دين مستقر فكان من جميع المال كدين الأدمى [3] .هذا فى الحج الفرض ، وكذلك الحكم فى حج النذر والقضاء عندهم [4].

ويجوز الحج من الوارث ومن الأجنبى سواء أذن له الوارث أم لا بلا

---

(١)المغنى ، حـ٥ ، ص٣٨ .

(٢) المجموع ، حـ٧ ، ص ١٠٩ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٣٩.

(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص ٣٩.

(٤) المجموع ، حـ٧ ، ص ١١٤ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٣٩.

خلاف كما قال النووى [1].

وذهب الحنفية [2]. والمالكية فى المشهور وهو مذهب المدونة [3]. إلـــى أن الميت إذا أوصت أن يحج عنه ، فإن الوصية تنفذ من الثلث . وهو قـــول الشعبى والنخعى [4]. لأنه عبادة بدنية فتسقط بالموت كالصلاة [5].

وقال ابن كنانة [6] : لا تنفذ الوصية به ، لأن الوصية لا تبيح الممنـوع ، ويصرف القدر الموصى به فى الهدايا .

والراجح هو القول الأول ، لقوة أدلته .

حج التطوع :

ذهب الشافعية [7]. إلى أنه لا تجوز الاستنابة فى حج التطوع عن ميـت لم يوصى به ، بلا خلاف عندهم .

وهل يجوز عن ميت أوصى به ، فيــه قولان مشهـوران منصوصـان للشافعى فى الأم ، واختلف أصحابنا (الشافعية) فى أصحهما فقــال الجمــهور أصحهما الجواز وهو مذهب مالك وأبى حنيفة وأحمد ، وممــن نــص علــى تصحيحه الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب فى المجرد والمصنـــف هنـا والبغوى والرافعى وآخرون .

---

(١) فى المجموع ، حــ٧ ، ص ١١٤ .
(٢) ابن عابدين ، حــ٢ ، ص ٢٤٢.
(٣) الخرشى ، حــ٢ ، مجلد ١ ، ص ٢٩٦.
(٤) المغنى ، حــ٥ ، ص ٣٨.
(٥) المغنى ، حــ٥ ، ص ٣٨.
(٦) الخرشى ، حــ٢ ، مجلد ١ ، ص ٢٩٦.
(٧) المجموع ، حــ٧ ، ص ١١٤.

وصحح المحاملى فى المجموع المنع،والجرجانى فى التحرير والشاشى، قال ابن الصباغ وآخرون . ما ذكره القائل بالمنع من أنه إنما جاز الاستنابة فى الفرض للضرورة ، ولا يجوز فى النفل .

فيلتبس بالتيمم، فإنه جوز فى الفرض للحاجة ويجوز أيضا فى النفل. ولو لم يكن للميت حج ولا لزمه حج لعدم الاستطاعة ففى جواز الإحجاج عنه طريقان حكاهما إمام الحرمين وغيرهما **أحدهما:** القطع بالجواز لوقوعه واجبا . **والثانى** : أنه على قولين كالتطوع ، لأنه لا ضرورة إليه [1].

مكان الاستنابة عن الميت :

ذهب الشافعية [2]. إلى أنه يجب القضاء عن الميت من الميقات . لأن الحج يجب من الميقات .

وذهب الحنابلة [3]. إلى أنه يستناب من يحج عنه من حيث وجب عليه ، إما من بلده أو من الموضع الذى أيسر فيه . لأن الحج واجب على الميت من بلده ، فوجب أن ينوب عنه منه . لأن القضاء يكون على وفق الأداء . كقضاء الصلاة ، والصيام .

فإن كان له وطنان استنيب من أقربهما . فإن وجب عليه الحج بخراسان ومات ببغداد أو وجب عليه ببغداد فمات بخراسان ، فقال أحمد : يحج عنه من حيث وجب عليه ، لا من حيث موته . ويحتمل أن يحج عنه من أقرب المكانين . لأنه لو كان حيا فى أقرب المكانين لم يجب عليه الحج من أبعد منه فكذلك نائبه . فإن أحج عنه من دون ذلك فقال القاضى [4]: إن كان دون

---

(١) المجموع ، حـ٧ ، ص ١١٤.
(٢) المجموع ، حـ٧ ، ص ١٠٩.
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص ٣٩ ؛ شرح منتهى الإرادات ، حـ١ ، ص ٥١٩.
(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص ٣٩.

مسافة القصر أجزأه ؛ لأنه فى حكم القريب ، وإن كان أبعد لم يجزئه ؛ لأنه لم يؤد الواجب بكماله ، ويحتمل أن يجزئه ويكون مسيئا ، كما وجب عليه الإحرام من الميقات فأحرم من دونه .

فإن خرج للحج فمات فى الطريق ، حُج عنه من حيث مات . لأنه أسقط بعض ما وجب عليه فلم يجب ثانيا .

وكذلك إن مات نائبه استنيب حيث مات لذلك (١).

وذهب الحنفية (٢). إلى أنه يحج عنه من بلده قياسا لا استحسانا .

أما القياس فهو قول أبى حنيفة ، وأما الاستحسان فهو قول أبى يوسف ومحمد . لأن الواجب عليه الحج من بلده الذى يسكنه ، وإلا فمن حيث يبلغ ، فإن كان له أوطان ، فمن أقربها إلى مكة ، وإن لم يكن له وطن فمن حيث مات .

النيابة فى الباقى من النسك :

لو أحرم إنسان بالحج ، ثم مات، صحت النيابة عنه فيما بقى من النسك. سواء كان إحرامه لنفسه ، أو لغيره . لأنها عبادة تدخلها النيابة ، فإذا مات بعد فعل بعضها قضى عنه باقيها كالزكاة (٣).

النيابة فى الحج بأجرة :

ذهب الشافعية (٤). والحنابلة فى رواية (٥). إلى أنه يجوز الاستئجار على الحج وهو قول ابن المنذر (٦). لأنه يجوز أخذ النفقة عليه فجاز الاستئجار

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص ٣٩ ، ٤٠.
(٢) ابن عابدين ، حـ٢ ، ص ٢٤٢.
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص ٤٠.
(٤) المجموع ، حـ٧ ، ص ١٢٠ ، ١١٤ ، ١١٥ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٣ ، ص ٢٥٤ ؛ مغنى المحتاج ، حـ١ ، ص ٤٧٠.
(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٣.
(٦) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٣.

عليه كبناء المساجد والقناطر . ولدخول النيابة فيه كالزكاة .

يقول النووى : « يجوز الاستئجار على الحج وعلى العمرة لدخول النيابة فيهما كالزكاة ، ويجوز بالبذل كما يجوز بالإجارة .وهذا لا خلاف فيه، وذلك بأن يقول : حج عني وأعطيك نفقتك أو كذا وكذا ، وإنما يجوز الاستئجار حيث تجوز النيابة ، وإنما تجوز فى صورتين فى حق الميت وفى المعضوب ، وأجرة الحج حلال من أطيب المكاسب » .

وذهب الحنفية [١]. والحنابلة فى الرواية الثانية [٢]. وإسحق [٣]. إلى عدم جواز الاستئجار على الحج . لأنه عبادة يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة فلم يجز أخذ الأجرة عليها كالصلاة ، والصوم .

فائدة الخلاف :

وفائدة الخلاف ذكرها ابن قدامة [٤]. فقال : أنه متى لم يجز أخذ الأجرة عليها فلا يكون إلا نائبا محضا وما يدفع إليه من المال يكون نفقة لطريقه .

فلو مات أو أحصر أو مرض أو ضل الطريق لم يلزمه الضمان لما أنفق . نص عليه أحمد . لأنه إنفاق بإذن صاحب المال ، فأشبه ما لو أذن له فى سد بثق [٥]. فانبثق ولم ينسد .

وإذا ناب عنه آخر فإنه يحج من حيث بلغ النائب الأول من الطريق . لأنه حصل قطع هذه المسافة بمال المنوب عنه فلم يكن عليه الإنفاق دفعة أخرى . كما لو خرج بنفسه فمات فى بعض الطريق ، فإنه يحج عنه من حيث انتهى . وما فضل معه من المال رده ، إلا أن يؤذن له فى أخذه .

---

(١) ابن عابدين ، حـ٥ ، ص ٢٤٠.
(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٣.
(٣) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٣.
(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٤ ، ٢٥.
(٥) البثق موضع اندفاع الماء من نهر ونحوه ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٤.

وينفق على نفسه بقدر الحاجة من غير إسراف ولا تقتير ، وليس له التبرع بشئ منه إلا أن يؤذن له فى ذلك .

قال أحمد : فى الذى يأخذ دراهم للحج : لا يمشى ولا يقتر فى النفقة ولا يسرف ..

وقال فى رجل أخذ حجة عن ميت ففضلت معه فضلة : يردها ولا يناهد[1] أحدا إلا بقدر ما لا يكون سرفا ، ولا يدعو إلى طعامه ولا يتفضل .

ثم قال : أما إذا أعطى ألف درهم أو كذا وكذا فقيل له : حج بهذه فله أن يتوسع فيها وإن فضل شئ فهو له .

وإذا قال الميت : حجوا عنى حجة بألف درهم ، فدفعوها إلى رجل فله أن يتوسع فيها وما فضل فهو له .

ثم قال ابن قدامة : وإن قلنا يجوز الاستئجار على الحج . جاز أن يقع الدفع إلى النائب من غير استئجار فيكون الحكم فيه على ما مضى ، وإن استأجره ليحج عنه أو عن ميت ، اعتبر فيه شروط الإجارة من معرفة الأجرة ، وعقد الإجارة ، وما يأخذه أجرة له يملكه ويباح له التصرف فيه والتوسع به فى النفقة وغيرها ، وما فضل فهو له ، وإن أحصر أو ضل الطريق أو ضاعت النفقة منه فهو فى ضمانه والحج عليه ، وإن مات انفسخت الإجارة ، لأن المعقود عليه تلف فانفسخ العقد ، ويكون الحج أيضا من موضع بلغ إليه النائب ، وما لزمه من الدماء فعليه . لأن الحج عليه [2].

النائب غير المستأجر :

فأما النائب غير المستأجر ، فما لزمه من الدماء بفعل محظور فعليه فى

---

(١) تناهد الرفقة فى السفر : أخرجوا من النفقة بالسوية ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٥.
(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٥.

ماله. لأنه لم يؤذن له فى الجناية فكان موجبها عليه كما لو لم يكن نائبا ، ودم المتعة والقران إن أذن له فى ذلك على المستنيب . لأنه أذن فى سببهما ، وإن لم يؤذن له فعليه . لأنه كجنايته ، ودم الإحصار على المستنيب . لأنه للتخلص من مشقة السفر فهو كنفقة الرجوع ، وإن أفسد حجه فالقضاء عليه ، ويرد ما أخذ . لأن الحجة لم تجزئ عن المستنيب لتفريطه وجنايته ، وكذلك إن فاته الحج بتفريطه ، وإن فات بغير تفريط احتسب له بالنفقة . لأنه لم يفت بفعله فلم يكن مخالفا كما لو مات .

وإن قلنا بوجوب القضاء فهو عليه فى نفسه ، ، كما دخل فى حج ظن أنه عليه ولم يكن ففاته[1].

وإن شرط أحدهما أن الدماء الواجبة عليه على غيره لم يصح الشرط . لأن ذلك من موجبات فعله ، أو الحج الواجب عليه ، فلم يجز شرطه على غيره ، كما لو شرطه على أجنبى [2].

النيابة فى التلبية

تجوز النيابة فى التلبية عند العجز بنفسه بأمره باتفاق الحنفية [3]. حتى لو توجه يريد حجة الإسلام ، فأغمى عليه فلبى عنه أصحابه ، وكان قد أمرهم بذلك ، حتى لو عجز عنه بنفسه يجوز بإجماعهم .

فإن لم يأمرهم بذلك نصا ، فأهلوا عنه جاز أيضا فى قول أبى حنيفة [4]. لأن الأمر ههنا موجود دلالة ، وهى دلالة عقد المرافقة . لأن كل واحد من رفقائه المتوجهين إلى الكعبة يكون آذنا للآخر بإعانته فيما يعجز عنه من أمر

---

(١) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٥ ، ٢٦ ؛ وانظر : كشاف القناع ، حـ٢ ، ص٣٩٨.
(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٦.
(٣) البدائع ، حـ٢ ، ص ١٦١ .
(٤) البدائع ، حـ٢ ، ص ١٦١ ؛ الهداية مع فتح القدير ، حـ٢ ، ص ٤٠٢.

الحج ، فكان الأمر موجودا دلالة ، وسعى الإنسان جاز أن يجعل سعيا لغيره بأمره فقلنا بموجب الآية . وقال أبو يوسف ومحمد [1]: لا يجوز . لقوله تعالى : « وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ». ولم يوجد منه السعى فى التلبية. لأن فعل غيره لا يكون فعله حقيقة ، وإنما يجعل فعلا له تقديرا بأمره ولم يوجد . بخلاف الطواف ونحوه ، فإن الفعل هناك ليس بشرط ، بل الشرط حصوله فى ذلك الموضع وقد حصل ، والشرط ههنا هو التلبية ، وقول غيره لا يصير قولا له إلا بأمره ولم يوجد .

فلا خلاف عندهم . فى أنه تجوز النيابة فى أفعال الحج عند عجزه عنها بنفسه من الطواف ، والسعى ، والوقوف حتى لو طيف به وسعى ووقف جار بالإجماع[2]. وقال الشافعية [3]. لا تجزئ النيابة فى الوقوف والسعى والحلق.

النيابة فى الإحرام

لو أمر إنسانا بأن يحرم عنه إذا أغمى عليه أو نام ، فأحرم المأمور عنه صح بإجماع الحنفية[4]. حتى إذا أفاق أو استيقظ وأتى بأفعال الحج جاز.

أثر إغماء المستنيب على النيابة فى الرمى

من عجز عن الرمى لعلة لا يرجى زوالها قبل فوت وقت الرمى كمرض ، أو حبس . استناب من يرمى عنه وجوبا كما قال الأسنوى أنه المتجه ، ولو بأجرة حلالا كان النائب أو محرما . لأن الاستنابة جائزة فى النسك ، فكذلك فى أبعاضه . فليس المراد العجز الذى ينتهى إلى اليأس ، كما

---

(١) البدائع ، حـ٢ ، ص ١٦١ ؛ الهداية مع فتح القدير ، حـ٢ ، ص ٤٠٢.

(٢) البدائع ، حـ٢ ، ص ١٦١ .

(٣) حاشية قليوبى ، حـ٣ ، ص ١١٠.

(٤) الهداية مع فتح القدير ، حـ٢ ، ص ٤٠٢.

فى استتابة الحج .

ويشترط فى النائب : أن يكون قد رمى عن نفسه أولا ، فلو لم يرم وقـــع عن نفسه .

ويندب أن يناول النائب الحصى ويكبر إن أمكنه ، وإلا تناولـــها النـــائب وكبر بنفسه .

ولا ينعزل النائب بإغماء المستنيب ، كما لا ينعزل عنـــه وعـــن الحـــج بموته . لأن الإغماء زيادة فى العجز المبيح للإنابة . فلا يكون مفسدا لـــها . وفارق سائر الوكالات بوجوب الإذن هنا ، فلو نوى فى الوقت بعد الرمى لـــم تلزمه الإعادة لكنها تسن .

أما إغماء النائب فظاهر كلامهم أنه ينعزل به وهو القياس (١).

النيابة عن المسافر فى الأضحية

لو أن رجلا من أهل السواد دخل المصر لصلاة الأضحى ، وأمر أهلـــه أن يضحوا عنه جاز أن يذبحوا عنه بعد طلوع الفجر . قال محمد : أنظر فـــى هذا إلى موضع الذبح دون المذبوح عنه كذا فى الظهيرية .

وعن الحسن بن زياد بخلاف هذا . والقول الأول أصح وبه نأخذ كذا فى الحاوى للفتاوى .

ولو كان الرجل بالسواد وأهله بالمصر لم تجز التضحية عنـــه إلا بعـــد صلاة الإمام وهكذا روى عن أبى يوسف . وروى عنهما أيضا أن الرجـــل إذا كان فى مصر وأهله فى مصر آخر فكتب إليهم ليضحوا عنه ، فإنـــه يعتـــبر مكان التضحية ، فينبغى أن يضحـــوا عنه بعد فراغ الإمام من صلاتـــه فى

---

(١) مغنى المحتاج ، حـــ١ ، ص ٥٠٨ ؛ وانظر ، حاضية قليوبى وعميرة ، حـــ٣ ، ص ١١٠ ، مطالب أولى النهى للرحيبانى ، حـــ٢ ، ص ٤٣٣ ، ٤٣٤.

المصر الذى يضحى عنه فيه .

وعن أبى الحسن ، أنه لا يجوز حتى يصلى فى المصرين جميعا . كذا فى الظهيرية .[1] .

ولو اشترى شاة للأضحية عن ولده فلم يضح حتى مضت أيام النحر كان عليه أن يتصدق بتلك الشاة أو بقيمتها . وقال الحسن : لا يلزمه شئ هكذا فى فتاوى قاضيخان[2] .

ولو أوصى بأن يضحى عنه ولم يسم شاة ، ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضا جاز وتقع على الشاة ، بخلاف ما إذا وكل رجلا بأن يضحى عنه ولم يسم شيئا ولا ثمنا فإنه لا يجوز كذا فى البدائع [3].

مصرى وكل وكيلا بأن يذبح شاة له وخرج إلى السواد ، فأخرج الوكيل الأضحية إلى موضع لا يعد من المصر فذبحها هناك . فلو كان الموكل فى السواد جازت أضحيته عنه ، ولو كان قد عاد إلى المصر وعلم الوكيل بقدومه لم تجز الأضحية عن الموكل بلا خلاف ، ولو لم يعلم الوكيل بعود الموكل إلى المصر اختلف أبو يوسف ومحمد ، فقال محمد : لا تجزئه ، والمختار قول أبى يوسف أنه يجزئه كذا فى الكبرى [4].

التضحية عن الغير والتضحية بشاة الغير عن نفسه :

إذا ضحى بشاة نفسه عن غيره بأمر ذلك الغير أو بغير أمره لا تجوز . لأنه لا يمكن تجويز التضحية عن الغير إلا بإثبات الملك لذلك الغير فى الشاة ، ولن يثبت الملك له فى الشاة إلا بالقبض ولم يوجد قبض الآمر هھنا لا

(١) الفتاوى الهندية ، حـ٥ ، ص ٢٩٦. دار إحياء التراث العربى .
(٢) الفتاوى الهندية ، حـ٥ ، ص ٢٩٦.
(٣) الفتاوى الهندية ، حـ٥ ، ص ٢٩٧.
(٤) الفتاوى الهندية ، حـ٥ ، ص ٢٩٧.

بنفسه ولا بنائبه كذا فى الذخيرة .

ولو ذبح أضحية غيره عن المالك بغير أمره صريحا يقع عن المـــالك ، ولا ضمان على الذابح استحسانا . أطلق هنا ولم يقيد بما إذا أضجعها المـــالك للتضحية ، وقيد به فى الأجناس والمختار هو الأول كذا فى الغياثية[1] .

ولو ضحى ببدنه عن نفسه وعرسه وأولاده ليس هذا فى ظاهر الرواية ، وقال الحسن بن زياد فى كتاب الأضحية : إن كان أولاده صغارا جاز عنـــه وعنهم جميعا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وإن كـــانوا كبـــارا إن فعـــل بأمرهم جاز عن الكل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، وإن فعل بغير أمرهم أو بغير أمر بعضهم لا تجوز عنه ولا عنهم فى قولهم جميعا. لأن نصيب من لم يأمر صار لحما فصار الكل لحما .

وفى قول الحسن بن زياد إذا ضحى ببدنة عن نفسه وعن خمســـة مـــن أولاده الصغار لا تجوز عنه ولا عنهم ، قال أبو القاسم : تجوز عن نفسه كـذا فى فتاوى قاضى خان [2].

رجل ذبح أضحية غيره عن نفسه بغير أمره ، فإن ضمنه المالك قيمتـــها يجوز عن الذابح دون المالك ، لأنه ظهر أن الإراقة حصلت على ملكه ، وإن أخذها مذبوحة تجزئ عن المالك . لأنه قد نواها فليس يضره ذبح غيره لـــــها كذا فى محيط السرخى [3].

الإنابة فى الرد على المسلم عليه بالسلام :

فى النوازل رجل جالس مع قوم سلم عليهم رجل ، فقال : السلام عليـــك فرد بعض القوم ، ينوب ذلك عن الذى سلم عليه المسلم ويسقط عنه الجـــواب

---

(١) الفتاوى الهندية ، حـــ٥ ، ص ٣٠٢.
(٢) الفتاوى الهندية ، حـــ٥ ، ص ٣٠٢.
(٣) الفتاوى الهندية ، حـــ٥ ، ص ٣٠٢.

يريد به إذا أشار إليهم ولم يسم ، لأن قصده التسليم على الكل ، ويجوز أن يشار إلى الجماعة بخطاب الواحد . هذا إذا لم يسم ذلك الرجل ، فأما إذا سماه فقال السلام عليك يا زيد فأجابه غير زيد لا يسقط الفرض عن زيد ، وإن لم يسم وأشار إلى زيد يسقط لأن قصده التسليم على الكل كذا في المحيط[1] .

الاستنابة فى الوظائف التى تقبل النيابة :

إن الاستنابة فى الوظائف التى تقبل النيابة جائزة إذا كان النائب مثل المستنيب أو أعلى .

ويستحق المستنيب جميع المعلوم، وإن جعل للنائب شيئا وجب دفعه له . واعتمده شيخنا تبعا لشيخنا الرملى خلافا للزركشى . هذا ما جاء فى حاشية قليوبى [2]. وجاء فى حاشية عميرة [3]: " قوله فله الجعل " منه استنبط السبكى استحقاق المستنيب فى الوظائف لكل الجعل إذا كان النائب مثله أو خيرا منه خلافا للنووى وابن عبدالسلام حيث قالا : بعدم استحقاق واحد منهما ونصرهما الزركشى بأن هذا من باب الإجارة ولا الجعالة . لأن شرطهما أن يقع العمل للمستأجر والجاعل فلم يبق إلا كونه إباحة بشرط الحصول ولم يوجد . قال : فإن استناب بإذن الواقف فهو كما إذا فوض إليه القضاء والوكالة وأذن له فى الاستنابة أى فيكون عن الموكل وحينئذ فلا يتمكن الوكيل من عزل النائب ولا ينعزل بانعزاله " .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

قسم القانون المدنى المصرى الوكالة إلى عامة وخاصة ، فالوكالة العامة

---

(١)الفتاوى الهندية ، حـ٥ ، ص ٣٢٥.
(٢) حاشية قليوبى وعميرة ، حـ٣ ، ص ١٣٣،١٣٢
(٣)حاشية قليوبى وعميرة ، حـ٣ ، ص ١٣٢.

نصت عليها المادة ٧٠١ فقالت : " ١- الوكالة الواردة فى ألفـــاظ عامـــة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانونى الحاصل فيه التوكيـــل ، لا تخــول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة .

٢- ويعد من أعمال الإدارة الإيجار ، إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها أيضـــا كل عمل من أعمال التصرف تقتضيـــه الإدارة ، كبيـــع المحصـــول وبيـــع البضاعة أو المنقول الذى يسرع إليه التلف ، وشراء ما يستلزمه الشئ محـــل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله . "

أما الوكالة الخاصة فقد نصـــت عليـــها المـــادة ٧٠٢ فقضـــت بأنـــه : " ١- لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمـــال الإدارة وبوجـــه خاص فى البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

٢- والوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصـــح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كـــان العمـــل مـــن التبرعات .

٣- والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا فـــى مباشـــرة الأمـــور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمـــو وللعرف الجارى " .

كما نصت المادة ٧٠١ من القانون المدنـــى الكويتـــى علـــى أن : " ١- الوكالة الواردة فى ألفاظ عامة لا تخصيص فيـــها حتـــى لنـــوع التصـــرف القانونى محل الوكالة ، لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة .

٢- ويعد من أعمال الإدارة ، الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات ، وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون ، ويدخل فيها أيضا

كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة ." .

كما قضت المادة ٧٠٢ منه بأنه : " ١- لابد من وكالة خاصة فى كل تصرف ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص فى التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم وكذلك فى توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء .

٢- وتصح الوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع التصرفات القانونية ولو لم يعين محل هذا التصرف على وجه التخصيص ، إلا إذا كان التصرف من التبرعات " وأخيرا نصت المادة ٧٠٣ على أنه :" لا تجعل الوكالة للوكيل صفة إلا فى مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر وللعرف الجارى وما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين " .

من هذه النصوص يتضح تطابق القانون المدنى المصرى والقانون المدنى الكويتى سواء فيما يتعلق بالوكالة العامة أو الوكالة الخاصة ، فالوكالة العامة فى كل منهما هى التى ترد فى ألفاظ عامة ، فلا يعين الموكل فيها محل التصرف القانونى المعهود به للوكيل ، بل لا يعين نوع هذا التصرف ذاته ، وهى لا تخول الوكيل صفة إلا فى أعمال الإدارة ، سواء أشارت الوكالة العامة إليها أو لم تشر ، فلا يجوز للوكيل القيام بأى تصرف إلا إذا كان هذا التصرف تقتضيه أعمال الإدارة .

أما التصرفات القانونية فلابد فيها من وكالة خاصة ، سواء كانت من المعاوضات أو التبرعات ، ولا تصح فيها الوكالة العامة ، غير أنه لا يشترط تحديد المحل الواقع عليه التصرف فى المعاوضات ، فتكون الوكالة خاصة فى نوع التصرف وعامة فى محله ، فيصح التوكيل فى بيع منزل معين فقط ، كما يصح فى البيع بوجه عام ، بخلاف التبرعات فيجب أن تكون الوكالة فيها خاصة فى نوع التصرف وفى محله أيضا ، وذلك لأن التبرعات أشد

خطورة من المعاوضات ، فوجب أن يكون التوكيل فيها محـــددا تحديـــدا أدق من التحديد الواجب فى عقود المعاوضات ، حتى لا تطلق حرية الوكيل فـــى التبرع بمال موكله كما يشاء [١].

والوكالة الخاصة تجوز فى أعمال الإدارة أيضا ، وفى هذه الحالة يعيـــن التوكيل عملا معينا منها أو طائفة تقتصر الوكالة عليها [٢].

مقارنة :

من العرض السابق لمحل الوكالة فى الفقه الإسلامى والقانونين المصرى والكويتى يتضح ما يلى :

١-توسع الفقه الإسلامى فى محل الوكالة فشمل التصرفات القانونية وغـــير القانونية ، أما فى القانونين فيقتصر المحل على التصرفـــات القانونيـــة ، وأعمال الإدارة فقط .

٢-اتفق القانونان مع الحنفية والمالكية فى جواز أن تكون الوكالة عامـــة ، إلا أنها تقتصر فيهما على أعمال الإدارة فقط ، وهذا مـــا يتفـــق مـــع رأى بعض الحنفية الذى قصرها أيضا على الحفظ ، ولكنـــهما خالفـــا الـــرأى القائل بأنها تشمل المعاوضات والتبرعات أيضا ، حيث استلزم فيها وكالـــة خاصة [٣].

---

(١) الوسيط للسنهورى ، حـ٧ ، ص ٤٤٠.
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٤٢.
(٣) أنظر ، عقد الوكالة للمؤلف ، ص ٦٨ ، ٦٩.

الفصل الثانى

فى

آثار النيابة الاتفاقية

تترتب على النيابة الاتفاقية آثار بالنسبة للمتعاقدين ، وآثار بالنسبة للغير، وكلامنا عن هذه الآثار سيكون فى مبحثين :

المبحث الأول : آثار النيابة بالنسبة للمتعاقدين .

المبحث الثانى : آثار النيابة بالنسبة للغير .

المبحث الأول

فى

آثار النيابة الاتفاقية بالنسبة للمتعاقدين

ترتب النيابة الاتفاقية التزامات على النائب وهو الوكيـــل ، والتزامـــات على الأصيل وهو الموكل. ونخصص لكل من هذه الالتزامات مطلبا مســتقلا، وعلى ذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : فى التزامات النائب .

المطلب الثانى : فى التزامات الأصيل .

المطلب الأول

فى

التزامات النائب

يلتزم النائب بتنفيذ العقد ، وإمداد الأصيل بالمعلومات الضرورية ، وكشف حساب عن أعماله ، ورد ما فى يده إلى الأصيل . وإليك التفصيل :

الالتزام الأول : تنفيذ العقد :

وهذا هو أهم التزامات النائب ، فعليه أن يقوم بتنفيذ عقد الوكالة فى الحدود التى رسمها له الأصيل.

وعلى ذلك ، فالوكالة إما أن تكون مطلقة ، وإما أن تكون مقيدة.

أ- الوكالة المطلقة :

اختلف الفقهاء فى التصرفات التى يملكها النائب فى حالة إطلاق الوكالة عن القيود ، فذهب أبو يوسف ومحمد [(١)] والمالكية [(٢)]. والشافعية [(٣)]. والحنابلة [(٤)]. إلى أنه يكون مقيدا بما يقتضيه الشرع أو العرف على الرغم من إطلاق الوكالة ، وعلى ذلك : فالوكيل بالبيع وكالة مطلقة لا يملك البيع بغير نقد البلد الذى وقع فيه البيع بالإذن ، لدلالة القرينة العرفية عليه . فإن سافر بما وكل فى بيعه لبلد آخر بلا إذن لم يجز له بيعه إلا بنقد البلد المأذون

---

(١) البدائع ، جـ٧ ، ص ٣٤٦٣ ؛ البحر الرائق ، جـ٧ ، ص ١٦٧ ؛ الفتاوى الهندية ، جـ٣ ، ص ٥٨٨ ؛ ابن عابدين ، جـ٧ ، ص ٣٣٤.

(٢) شرح الخرشى ، جـ٤ ، ص ٢٨٩ ؛ جواهر الإكليل ، جـ٢ ، ص ١٢٧ ؛ مواهب الجليل ، جـ١ ، ص ١٩٥ ؛ بداية المجتهد ، جـ٢ ، ص ٢٧٣.

(٣) نهاية المحتاج ، جـ٥ ، ص ٣١ ، ٣٢ ؛ حاشية الجمل ، جـ٣ ، ص ٤٠٨ ؛ مغنى المحتاج ، جـ٢ ، ص ٢٢٣.

(٤) المغنى ، جـ٥ ، ص ٢٥٤.

بالبيع فيها .

ولا يملك البيع بالنسيئة ولو بأكثر من ثمن المثل . لأن المعتاد غالبا الحلول مع الخطر فى النسيئة .

ولا يملك البيع بغبن فاحش ، وهو ما لا يحتمل غالبا فى المعاملة كدرهمين فى عشرة ، لأن النفوس تشح به بخلاف اليسير كدرهم فيها .

وليس له البيع بأقل من ثمن المثل. لأن التوكيل مطلق فى عقد معاوضة، فاقتضى ثمن المثل كالشراء فإنه وافق عليه . وكذلك الوكيل بالشراء لا يشترى بأكثر من ثمن المثل فى حالة الإطلاق .

وذهب أبو حنيفة [1]. إلى أن الوكيل وكالة مطلقة ، لا يقيد بأى قيد إلا إذا كان متهما .

وعلى ذلك فالوكيل بالبيع وكالة مطلقة يملك البيع بالقليل وبالكثير . لأن اللفظ المطلق يجرى على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل ، والعرف متعارض ، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف كذلك ، فلا يجوز تقييد المطلق مع هذا التعارض .

وكذلك يملك البيع بغير الأثمان المطلقة ، ويملك البيع بالنقد والنسيئة.

وروى الحسن عن أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف ومحمد [2].

والراجح ما ذهب إليه الجمهور ، حتى لا يتضرر الموكل من التوكيل الذى عقده لمصلحته .

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٦٣ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٦٧ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٥٨٨ ؛ مجمع الضمانات ، ص ٢٤٩ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص ٧٧.

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٦٣.

ب- الوكالة المقيدة :

أما إذا قيد الموكل وكيله بقيود معينة فإنه يجب عليه أن يلتزم بها عند تنفيذ الوكالة . فإذا خالفها ، فإما أن تكون المخالفة إلى خير ، وإما لا تكون كذلك .

فإذا كانت المخالفة خيرا للموكل وفى مصلحته ، فإن تصرفه يكون نافذا فى حق الموكل باتفاق الفقهاء [1]. لأن المخالفة إلى خير ، وإن كانت مخالفة فى الظاهر إلا أنها موافقة من حيث المعنى ، والعبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

وعلى ذلك لو قال الموكل للوكيل : وكلتك فى بيع سيارتى بمبلغ خمسة آلاف دينار ، فباعها بأكثر من هذا الثمن ، كان البيع نافذا فى حق الموكل . لأن المخالفة فى الثمن لمصلحته فتكون موافقة . وتسمى موافقة ضمنية .

أما إذا كانت المخالفة إلى شر ، أى ليست لمصلحة الموكل .

فقد ذهب الحنفية [2]. والشافعية [3]. والحنابلة [4]. إلى بطلان التصرف المخالف . لمخالفة الوكيل ما أمر به موكله .

وذهب المالكية [5]. إلى أن العقد يكون موقوفا على إجازة الموكل فإن أجازه ينفذ ، وإلا لا ينفذ فى حقه وإنما ينفذ فى حق الوكيل إذا أمكن ذلك .

---

(١) المبسوط ، حـ١٩ ، ص ٥٦ ؛ شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٩١ ؛ المهذب ، حـ١ ، ص ٣٥٤ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٥٤ ، ٢٥٥.

(٢) المبسوط ، حـ١٩ ، ص ٥٦ ؛ الفتاوى البزازية ، حـ٣ ، ص ٤٧٦ ؛ الفتاوى الهندية، حـ٣ ، ص ٥٨٩

(٣) المهذب ، حـ١ ، ص ٣٥٤.

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٥٤ ؛ الروض المربع ، حـ١ ، ٢٠٧.

(٥) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٥ ؛ شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٨٠.

لأنه العاقد بغير إذن الموكل فيما جاوز فيه حدود وكالته . فإن لم يمكن تنفيذه على الوكيل كان على المتعاقد معه أن يرجع عليه بما أصابه من ضرر .

والراجح ما ذهب إليه المالكية ، لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى على هذا الالتزام فى المادة ٧٠٣ منه فقال:

١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة .

٢- على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف ، وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة ".

كما نص القانون المدنى الكويتى فى المادة ٧٠٤ على أن :
١- الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة فى حدودها المرسومة .

٢- على أن له أن يخرج عن حدود الوكالة متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة ".

من هذين النصين يتضح التطابق التام بين القانون المصرى والقانون الكويتى حول هذا الالتزام ، ويستفاد منهما أن الوكيل ملزم كقاعدة عامة، بتنفيذ الوكالة فى الحدود التى رسمها له موكله ، ولا يجوز له الخروج عنها إلا إذا كانت الظروف بحيث يفترض معها أن الموكل ما كان إلا ليوافق على تصرف الوكيل الذى خرج به عن هذه الحدود ، وأن يستحيل على الوكيل إخطار الموكل سلفا بخروجه عن الحدود المرسومة للوكالة ، فلو أنه تراخى

فى عقد الصفقة حتى يخطر الموكل لضاعت عليه فأقدم على عقدها قبل هـذا الإخطار [١].

مقارنة :

من العرض السابق يتضح اتفاق القانون المصرى والقانون الكويتى مـع الفقه الإسلامى فى هذا الالتزام الملقى على عاتق الوكيل وهو الذى انعقـدت الوكالة من أجله [٢].

تعدد الوكلاء :

يجوز للموكل أن يوكل أكثر من شخص للقيام بعمل معيـن أو أكـثر . وفى هذه الحالة لا يجوز لأحدهم أن يتصرف بمفرده فى العمل محل الوكالـة دون اجتماع الآخرين.

هذا إذا كان توكيلهم بعقد واحد فى وقت واحد [٣]. أو اشـترط الموكـل اجتماعهم على التصرف [٤].

أو كان التصرف محل الوكالة من التصرفات التى يحتاج فيها إلى الـرأى والمشورة [٥].

وعلى ذلك . فالوكيلان بالبيع لا يملك أحدهما التصرف بدون صاحبـه ، ولو فعل لا يصح حتى يجيز صاحبه أو الموكل . لأن البيع مما يحتـاج إلـى الرأى والمشورة ، والموكل إنما رضى برأيهما لا برأى أحدهما، واجتماعهما

---

(١) أنظر ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ١٩١ وما بعدها .

(٢) للتفصيل أنظر ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ١٩٨ ، ١٩٩.

(٣) الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٦٣٤ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص ٣٤٤.

(٤) مواهب الجليل ، حـ٥ ، ص ٢١١.

(٥) اللباب ، حـ٢، ص١٤٤ ؛ البدائع ، حـ٧ ، ص٣٤٧٤ ؛ فتح القدير، حـ٨، ص٩٥.

واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه .

وكذلك الوكيلان بالشراء ، سواء كان الثمن محددا أو لا . لأن البدل وإن كان مقدرا ، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة واختيار المشترى ، وسواء كان الوكيل الآخر غائبا أو حاضرا لما ذكرنا فى البيع إلا أن فى الشراء إذا اشترى أحدهما بدون صاحبه ينفذ على المشترى ولا يقف على الإجازة وفى البيع يقف على الإجازة .

أما إذا لم يشترط اجتماع الوكلاء على التصرف، بل أجاز انفراد أحدهم به ، فإنه يجوز لأحدهم الانفراد بالتصرف [1]. لأنه مأذون فيه من الموكل .

وكذلك إذا كان محل الوكالة من التصرفات التى لا تحتاج إلى الرأى والمشورة [2]. أو كان من غير الممكن اجتماع الوكلاء عليه [3].

وعلى ذلك فالوكيلان بالطلاق على غير مال ، والوكيلان بتسليم الهبة ، ورد الوديعة ، ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به . لأن هذه التصرفات مما لا يحتاج إلى الرأى والمشورة فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضا للتصرف إلى كل منهما بانفراد [4].

أما الوكيلان بالخصومة ، فكل منهما يتصرف بانفراده عند جمهور الحنفية [5]. لأن الغرض من الخصومة إعلام القاضى بما يملكه المخاصم

---

(١) الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٦٣٤ ، تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص ٣٤٥ ؛ تكملة المجموع ، حـ ١٣ ، ص ٥٥٦.

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٧٥ .

(٣) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٧٥ ؛ اللباب ، حـ٢ ، ص ١٤٤.

(٤) البدائع،حـ٧،ص ٣٤٧٥ ؛ اللباب ، حـ٢ ، ص ١٤٤ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٧٥ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٦٣٤ ، تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص ٣٤٦.

(٥) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٧٥ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٧٤ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص ٩٦ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص ٣٤٥.

واستماعه ، واجتماع الوكيلان على ذلك يخل بالإعلام والاستماع . لأن ازدحام الكلام يخل بالفهم فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضا للخصومة إلى كل واحد منهما ، فأيهما خاصم كان تمثيلا . إلا أنه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه ، لأن اجتماعهم على القبض ممكن فلا يكون راضيا بقبض أحدهما بانفراده ، والرأى يحتاج إليه سابقا لتقويم الخصومة [1].

وذهب زفر[2]. والشافعية [3]. إلى أنه لا يجوز انفراد أحدهما بالتصرف. لأن الخصومة من التصرفات التى تحتاج إلى الرأى والمشورة ، والموكل لم يرض برأى أحدهما فلا يملكها أحدهما دون الآخر .

وعند المالكية [4]. لا يجوز توكيل أكثر من واحد فى الخصومة إلا برضاء الخصم .

والراجح ما ذهب إليه الإمام زفر والشافعية ، لقوة ما استندوا إليه .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نصت المادة ٧٠٢ من القانون المدنى المصرى على أنه :

١- إذا تعدد الوكلاء كانوا مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك ، على أن الوكلاء ولو كانوا متضامنين لا يسألون عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة أو متعسفا فى تنفيذها .

٢- وإذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٧٥ ؛ اللباب ، حـ٢ ، ص ١٤٤.
(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٧٥.
(٣) تكملة المجموع ، حـ١٣ ، ص ٥٦٦.
(٤) شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٨٥ ؛ مواهب الجليل ، حـ٥ ، ص ٢١١.

العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه " .

كما نصت المادة ٧٠٨ من القانون المدنى الكويتى على أنه :

١- إذا تعدد الوكلاء ، ووكل كل منهم بعقد مستقل ، كان لأى منهم الانفراد بالعمل ما لم يشترط عليه الموكل أن يعمل مع الباقين .

٢- فإن وكلوا بعقد واحد . دون أن يرخص بانفرادهم فى العمل ، كان عليهم أن يعملوا مجتمعين ، إلا إذا كان العمل مما لا يحتاج فيه إلى تبادل الرأى .

وقضت المادة ٧٠٩ بأن يكون الوكلاء المتعددون مسئولين بالتضامن متى كانت الوكالة غير قابلة للانقسام ، أو كان الضرر الذى أصاب الموكل نتيجة خطأ مشترك بينهم .

٢- ومع ذلك لا يسأل الوكلاء ، ولو كانوا متضامنين ، عما فعله أحدهم مجاوزا حدود الوكالة ".

من هذه النصوص يتضح تطابق القانون الكويتى مع القانون المصرى حول تنفيذ الوكالة بأكثر من وكيل .

مقارنة :

من العرض السابق يتضح ما يلى :

١-اتفق القانونان مع الفقه الإسلامى فى لزوم أن يعمل الوكلاء مجتمعين ، إذا اشترط الموكل عليهم ذلك .

٢-اتفقوا أيضا على أنه يجوز للوكيل أتن يعمل منفردا ، إذا كان العمل محل الوكالة من الأعمال التى لا تحتاج إلى الرأى والمشورة ، حتى لو اشترط

الموكل اجتماعهم على العمل ، لانتفاء الحكمة من الاجتماع عليه .

٣-اتفقوا كذلك على أنه لا يشترط اجتماع الوكلاء على العمل إذا كانوا معينين فى عقود متفرقة ، ولم يشترط الموكل اجتماعهم على العمل [١].

نائب الوكيل :

قد يقوم الوكيل بتنفيذ الوكالة بمفرده ، وقد يقوم بتوكيل شخص آخر ليساعده فى تنفيذها أو يقوم بتنفيذها بدلا منه .

واستعانة الوكيل بمن يساعده ، قد تكون بإذن من الموكل ، وقد يستعين الوكيل بغيره على الرغم من نهى الموكل له عن ذلك ، وقد يطلق الموكل الوكالة فلا يأذن ولا ينهى . **حالات ثلاث :**

الحالة الأولى : حالة الإذن :

أجمع الفقهاء [٢]. على أنه يجوز للوكيل أن يستعين بغيره فى تنفيذ الوكالة إذا أذن الموكل فى ذلك ، لأن الوكالة عقد أذن له فيه بالتوكيل فجاز له فعله ، كأى تصرف مأذون فيه .

الحالة الثانية : حالة النهى :

وأجمعوا [٣] . على أنه لا يجوز للوكيل أن يستعين بغيره فى تنفيذ الوكالة، إذا نهاه الموكل عن ذلك . لأن ما نهاه عنه غير داخل فى إذنه فلم يجز له التوكيل، كما لو لم يوكله مطلقا،والموكل لم يرض إلا بأمانته هو فقط.

---

(١) للتفصيل ، أنظر ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٢١٠ ، ٢١١.

(٢) حاشية ابن عابدين ، حـ٥ ، ص ٥٢٧ ؛ اللباب ، حـ٢ ، ص ١٤٤ ؛ حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٩ ؛ تكملة المجموع ، حـ١٣ ، ص ٥٥٥ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢١٥.

(٣) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٩ ؛ الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٩٤ ؛ تكملة المجموع ، حـ١٣ ، ص ٥٥٥ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢١٥.

الحالة الثالثة : حالة الإطلاق :

أ- أن يكون العمل محل الوكالة مما يترفع الوكيل عن القيام بمثله ، كالأعمال الدنيئة فى حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها فى العادة . كبيع دابة فى سوق ، أو يعجز الوكيل عن العمل الذى وكل فيه لكونه لا يحسنه ، أو لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج إلى شخص قوى يؤديه ، ومثل ذلك لو كان العمل يحتاج إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه .

وفى هذه الحالة أجاز الفقهاء[1]. أن يوكل الوكيل غيره للقيام بهذا العمل. لأنه إذا كان العمل الذى فيه التوكيل مما لا يعلمه الوكيل عادة انصوف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه .

غير أن المالكية اشترطوا لجواز الاستعانة هنا . أن يشتهر الوكيل بالوجاهة أو يعلم بها الموكل . وإلا لا يجوز له التوكيل. فإن وكل وتلف مال الموكل نتيجة ذلك كان ضامنا له لتعديه بأن وكل بدون إذن موكله [2].

ب-أن يكون العمل الذى فيه التوكيل مما يعمله الوكيل بنفسه ولكنه يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره .

وفى هذه الحالة اتفق الفقهاء [3]. على جواز الاستعانة بالغير . إلا أنهم اختلفوا فى مدى أحقية الوكيل للتوكيل ، بمعنى هل يحق له التوكيل فى فعل العمل كله أو فيما زاد على مقدرته فقط .

---

(١) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٩ ؛ شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٩٤ ؛ حاشية الجمل على شرح المنهج ؛ حـ٣ ، ص ٤١١ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢١٥ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص ٤٤٥.

(٢) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٩.

(٣) المراجع السابقة .

فذهب الشافعية فى قول [١]. والإمام أحمد بن حنبل [٢]. إلى جواز التوكيل فى العمل كله . لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فصح التوكيل فى فعل العمل كله ، كما لو أذن فى التوكيل بلفظه .

وذهب المالكية [٣]. والشافعية فى القول الثانى [٤]. والقاضى [٥]. إلى عدم جواز التوكيل إلا فى العمل الزائد فقط . لأن التوكيل إنما جاز للحاجة فاختص بما دعت إليه الحاجة فقط .

غير أن المالكية قالوا : فيوكل من يشاركه فى الكثير الذى وكل فيه ليعينه عليه لا أن يوكل غيره فيه استقلالا [٦].

والراجح ما ذهب إليه المالكية ، لأن هذا هو مقتضى التوكيل .

ج-أن يكون العمل الذى وكل فيه مما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه .

وفى هذه الحالة ذهب الحنفية [٧]. والمالكية [٨]. وبعض الشافعية [٩]. وبعض الحنابلة [١٠]. إلى عدم جواز التوكيل فى هذه الحالة وذلك : لأن

---

(١) تكملة المجموع ، حـ١٣ ، ص ٥٥٥.

(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢١٥.

(٣) حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٩ ؛ شرح الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٩٤.

(٤) تكملة المجموع ، حـ١٣ ، ص ٥٥٥ ؛ شرح المنهج ، حـ٣ ، ص ٤١١ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٢٢٦ .

(٥) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢١٦.

(٦) الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقى ، حـ٣ ، ص ٣٤٩.

(٧) اللباب ، حـ٢ ، ص ٢٤٤ ؛ حاشية ابن عابدين ، حـ٥ ، ص ٥٢٧ ؛ البحر الرائق، حـ٧ ، ص ١٧٥.

(٨) الشرح الكبير ، حـ٣ ، ص ٣٤٩ ؛ الخرشى ، حـ٤ ، ص ٢٩٤ .

(٩) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٢٢٦.

(١٠) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢١٦ .

الموكل لم يأذن فى التوكيل صراحة أو دلالة ، فامتنع كما لو نهاه عنه .

ولأن التوكيل استئمان فيما يمكن للوكيل النهوض فيه . فلم يكن لـــه أن يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديعة .

ولأن التوكيل لا يتناول تصرف غيره من جهة النطـــق ولا مـــن جهـــة العرف . لأنه ليس فى العرف إذا رضيه أن يرضى غـــيره . ولأن الموكـــل فوض إلى الوكيل التصرف دون التوكيل به ، لأنه إنما رضى برأيه والنـــاس يتفاوتون فى الآراء ، فلا يكون راضيا برأى غيره .

وذهب بعض الشافعية (١). وبعض الحنابلة (٢). وابن أبى ليلى (٣). إلـــى جواز التوكيل إذا كان هناك عذر للوكيل كأن مرض أو غاب . لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٧٠٨ منه على ما يلى : "

١-إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، دون أن يكون مرخصا لـــه فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب ، كما لو كان هذا العمل قد صـــدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية .

٢-أما إذا رخص للوكيل فى إقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النـــائب ، فإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطئه فى اختيـــار نائبـــه ، أو عـــن خطئه فيما أصدره له من تعليمات .

٣- ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما

---

(١) تكملة المجموع ، حـــ١٣ ، ص ٥٥٦.

(٢) المغنى ، حـــ٥ ، ص ٢١٦ .

(٣) المغنى ، حـــ٥ ، ص ٢١٦ .

مباشرة على الآخر ."

كما نص القانون المدنى الكويتى فى المادة ٧١٠ على أنه : "

١-ليس للوكيل أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة ، إلا إذا كان مرخصا لـه بذلك من قبل الموكل أو أجازه له القانون .

٢-فإذا رخص الموكل للوكيل فى إقامة نائب عنه دون تعيين لشخصه ، فـإن الوكيل لا يكون مسئولا إلا عن خطئه فى اختيار نائبه ، أو عـن خطئـه فيما أصدره له من تعليمات ، ويجوز فى هذه الحالـة للموكـل ولنـائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر ".

من هذين النصين يتضح تطابق القانون الكويتى مع القانون المصرى فى أحكام الاستعانة بنائب للوكيل .

مقارنة :

مما سبق يتضح ما يلى :

١-أن الفقه الإسلامى لا يجيز الاستعانة بنائب للوكيل إلا إذا أذنه الموكل فى ذلك ، أما القانونان فيجيزان الاستعانة به حتى ولو لم يأذن بها الموكـل ، غير أن الوكيل يكون مسئولا عن عمل نائبه فى هذه الحالة .

٢-اتفقوا على أن الوكيل إذا استعان بنائب له بإذن الموكل دون أن يحدد لـه الأخير شخص النائب ، فإنه يجب عليه أن يختار شخصا أمينـا كفـؤا ، لأنه سيكون مسئولا عن خطئه فى اختيار نائبه ، أو عـن خطئـه فيمـا أصدره له من تعليمات ، أما إذا عين الموكل له هذا النائب الذى يسـتعين به ، فإنه يجب عليه أن يتقيد به ، لأنه قطع نظره بالتعيين .

٣-اتفقوا كذلك على أنه يجوز أن تقوم علاقة مباشرة بين الموكـل ونـائب الوكيل ، بل ذهب الفقه الإسلامى إلى أبعد من ذلك ، حيث جعـل نـائب الوكيل وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل .

٤-اتفق الفقه الإسلامى مع القانونين فى أن الوكيل يكون مسئولا عن عمل نائبه إذا استعان به بدون إذن موكله .

الالتزام الثانى : تقديم الحساب :

يلتزم الوكيل أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة أن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عن نشاطه الذى وصل إليه فى التنفيذ ، كما يلتزم بأن يقدم له فى نهاية التنفيذ حسابا شاملا عن كل عمليات الوكالة . لأن الوكيل مفوض فى تنفيذ الوكالة بأمر الموكل ، وقائم مقامه فى التصرف فمن واجبه إطلاع الموكل على سير العمل أولا بأول لأنه قد يطول فيحتاج إلى مشورة الموكل، وقد يكتشف الموكل أن الوكيل ليس بكفء للقيام بواجبه نحو الأمر الموكل فيه فيعزله من الوكالة قبل أن تلحقه الخسارة خاصة وأن الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدى أو التفريط فى الحفظ (١).

جاء فى الفتاوى الكبرى لابن حجر : (٢) " وسئل : عن الموكل إذا طلب من وكيله بيانا لتصرفاته فيما وكل فيه هل يلزمه البيان وهل تعتبر دفاتره ، وهل تقبل دعواه زيادة على مصروف كتبه أو لا . فأجاب بقوله : أطلق بعض الأئمة أن كل أمين طلب منه البيان والحساب لزمه ولا عبرة بما فى الخط وإنما العبرة بما يقع فى الجواب والدعوى ، وإذا أقر بأنه صرف كذا عن كذا ، ثم ادعى زيادة لم يقبل ، لكن يؤخذ من كلام الأئمة فى بعض المواضع أنه حيث ذكر عذرا يقبل بالنسبة لتحليف الموكل أنه لا يعلم ذلك".

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٧٠٥ منه على أن : " على

---

(١) المادة ١٤٤٩ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلى حيدر .

(٢) حـ ٣ ، ص ٨٧ .

الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حسابا عنها ".

كما نص القانون المدنى الكويتى فى المادة ٧٠٦ منه على أن : " على الوكيل أن يوافى موكله بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة ، وأن يقدم له حسابا عنها ، ما لم تقض طبيعة المعاملة أو الظروف أو الاتفاق بغير ذلك ".

من هذين النصين يتضح التطابق التام بين القانون الكويتى والقانون المصرى حول هذا الالتزام (١).

مقارنة :

مما سبق يتضح أن القانونين يتفقان مع الفقه الإسلامى فى وجوب موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية وتقديم حساب عن الوكالة .

الالتزام الثالث : رد الأموال والمستندات :

يلتزم الوكيل بأن يرد ما فى يده من أموال ومستندات وغير ذلك إلى موكله . فإن امتنع عن الرد مع مطالبة الموكل له بالرد بدون عذر فى التأخير حتى هلك المال أو تلف كان ضامنا . وكذلك لو كان الامتناع بعذر ثم زال العذر وأخر الرد حتى تلف المال أو هلك كان عليه ضمانه . لأن ما فى يد الوكيل للموكل يعتبر أمانة فى يده ، والوكيل أمين ، والأمين ملزم برد الأمانة إلى صاحبها لقول الله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » (٢).

---

(١) راجع ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) سورة النساء ، الآية : ٥٨ .

يقول الكاسانى [1]: " وإذا طلب منه الموكل - المبيع بعد أن حبسه استيفاء لثمنه - فحبسه حتى هلك كان مضمونا عليه بلا خلاف بين أصحابنا " .

ويقول المطيعى [2]: " فإن طلب منه الثمن فمنعه فقد ضمنه إلا فى حال لا يمكنه فيه دفعه ".

موقف القانونين المصرى والكويتى :

يلتزم الوكيل بأن يرد ما فى يده من مال وخلافه ، إلى الموكل وذلك طبقا للقواعد العامة فى القانونين [3].

غير أن المادة ٧٠٦ من القانون المدنى المصرى نصت على أنه : "

١-ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢-وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر ".

أما القانون المدنى الكويتى فقد أحسن صنعا حينما منع الفوائد ، وأوجب تعويضا عادلا يقدره القاضى فى هذه الحالة ، وقد نص على ذلك فى المادة ٧٠٧ فقال : " ليس للوكيل أن يستعمل مال موكله لصالح نفسه بدون إذن ، وإلا كان ملزما بتعويض الموكل تعويضا عادلا يقدره القاضى مع مراعاة ظروف الحال ".

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٨٥.

(٢) تكملة المجموع ، حـ١٣ ، ص ٦٠١.

(٣) أنظر ، المادة ٧٠٥ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى ، فقرة ٢ ، وقد حذفت اكتفاء بالقواعد العامة . مجموعة الأعمال التحضيرية ، حـ٥ ، ص ٢٠٤ ؛ وانظر ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٢٦٤ وما بعدها .

مقارنة :

مما سبق يتضح ما يلى :

١-اتفق القانونان مع الفقه الإسلامى فى أن الوكيل ملزم برد كل ما تحت يده من مال وخلافه إلى موكله ، ويكون مسئولا إذا امتنع عن الرد بغير عذر .

٢-اتفق القانون المدنى الكويتى مع الفقه الإسلامى فى تحريمه للفوائد الواجبة على المال الذى استعمله الوكيل لصالح نفسه والتى أباحها القانون المدنى المصرى ، ولعل المشرع المصرى يحذو حذو المشرع الكويتى فيمنع الفوائد كلها . لأنها ربا وقد حرمه الله عز وجل فقال : « وأحل الله البيع وحرم الربا » [1].

المطلب الثانى

فى

التزامات الأصيل

يلتزم الأصيل بدفع الأجر ، وتسليم ما يحتاجه الوكيل لتنفيذ الوكالة ، ورد ما ينفقه الوكيل ، والحقوق التى وجبت فى ذمة الوكيل ، وتعويض الوكيل عن الأضرار التى تصيبه بسبب تنفيذ الوكالة ، وإليك البيان :

الالتزام الأول : دفع الأجر :

الأصل فى الوكالة أنها تبرعية ، ولكن قد يشترط الوكيل أن يعمل بالأجر ، فحينئذ يلتزم الموكل بدفعه له .

---

(١) سورة البقرة ، الآية : ٢٧٥ .

ويستحق الوكيل الأجرة بتسليم ما عهد إليه بتنفيذه إلى الموكل إن كـــان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يخيطه . فمتى سلمه إلى الموكل معمـــولا فله الأجرة المتفق عليها [1] .

والدليل على أن الوكالة قد تكون تبرعية وقد تكون بأجر أن النبى صلـى الله عليه وسلم وكل أنيسا فى إقامة الحد ، وعروة فى شراء شاة ، وعمرا وأبا رافع فى قبول النكاح بغير جعل ، وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعـل لهم عماله ، ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثتا على هذه الصدقات فتؤدى إليـك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس" . يعنيان العمالة أى الأجرة [2].

فإذا لم يتفق الطرفان على العمل بالأجر ، فإما أن يكون الوكيل ممـن لا يعمل بالأجر، وإما أن يكون الوكيل من أصحاب المهن الذين يعملون بـالأجر، ففى الحالة الأولى تكون الوكالة تبرعية لأن الأصل فيها ذلك . فإذا لم تشـترط الأجرة حمل على الأصل[3] . أما فى الحالة الثانية فإنه يستحق الأجـر . لأن طبيعة عمله تقتضى ذلك[4] .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٧٠٦ على ما يلى :

" ١- الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة ، أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل .

---

(١) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، ص٢٥٧ ؛ المغنى ، حــ٥ ، ص٢١٠ ، ٢١١ .
المادة ١٤٦٧ من المجلة والمادة ٩٢٦ من مرشد الحيران .

(٢) المغنى ، حــ٥ ، ص٢١١ .

(٣) المادة ١٤٦٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) المادة ٩٢٦ من مرشد الحيران .

٢- فإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة . "

كما نص القانون المدنى الكويتى فى المادة ٧١١ منه على أن : "

١- الوكالة تبرعية ، ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمنا من مهنة الوكيل أو غيرها من ظروف الحال .

٢- - فإذا اتفق على أجر للوكالة، كان هذا الأجر خاضعا لتقدير القاضى ، إلا إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة . "

من هذين النصين يتضح تطابق القانون الكويتى مع القانون المصرى حول التزام الموكل بدفع الأجر للوكيل [١] .

مقارنة :

مما سبق يتضح اتفاق القانون المصرى والقانون الكويتى مع الفقه الإسلام ، فى أن الأصل فى الوكالة أنها تبرعية ، إلا إذا اشترط الوكيل العمل بأجر ، أو كانت طبيعة عمله تقتضى ذلك ، وفى هاتين الحالتين تكون الوكالة مأجورة [٢].

الالتزام الثانى : تسليم ما يحتاجه الوكيل لتنفيذ الوكالة :

يلتزم الموكل بأن يسلم الوكيل كل ما يساعده على تنفيذ الوكالة ، من نقود وأوراق ، ومستندات وغير ذلك .

فلو قام الوكيل بدفع المال من أمواله الخاصة كان له أن يرجع على الموكل بما دفعه ، سواء كان ما دفعه لقضاء ديونه أو ثمن سلعة اشتراها

---

(١) راجع ، عقد الوكالة للمؤلف ، ص٢٧٦ وما بعدها .

(٢) لمزيد من التفصيل ، انظر ، عقد الوكالة للمؤلف ، ص٢٨٠ وما بعدها .

لموكله ، وقبضها وغير ذلك [1].

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٧١٠ منه على أن : " على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة ، فإذا اقتضى تنفيذ الوكالة أن يقدم الموكل للوكيل مبالغ للإنفاق منها فى شئون الوكالة ، وجب على الموكل أن يقدم هذه المبالغ إذا طلب الوكيل ذلك ".

كما نص القانون الكويتى فى المادة ٧١٢ منه على أن : " ١- على الموكل أن يرد إلى الوكيل ما أنفقه فى سبيل تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح .

٢- ويلتزم الموكل أن يقدم إلى الوكيل المبالغ اللازمة للإنفاق منها فى تنفيذ الوكالة ما لم يتفق على خلاف ذلك ".

من هذين النصين يتضح ، تطابق القانون الكويتى مع القانون المصرى، حول لزوم تسليم ما يحتاجه الوكيل لتنفيذ الوكالة .

مقارنة :

مما سبق يتضح الاتفاق الكامل بين القانون المصرى والقانون الكويتى والفقه الإسلامى ، حول هذا الالتزام .

الالتزام الثالث : رد ما ينفقه الوكيل فى تنفيذ الوكالة :

قد تحتاج الوكالة عند التنفيذ إلى نفقات ومصروفات ، كمصاريف للشحن

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٨٤-٣٤٨٥ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص ٣٧٧ ؛ الفتاوى البزازية والفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٥٨٦ ، ٥٨٧ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص ٣٨ ؛ المهذب ، حـ١ ، ص ٣٥٣.

والتفريغ أو نفقات لعلف المواشى حتى يتم بيعها أو توصيلها للموكل ونحو ذلك ، فيقوم الوكيل بدفع كل هذه النفقات والمصروفات من ماله الخاص . وفى هذه الحالة يلتزم الموكل أن يرد له كل ما أنفقه بالقدر المتعارف عليه فى الإنفاق [(١)]. لأن الوكيل مفوض عن الموكل فى القيام بأعمال الوكالة ، لذلك يجب عليه أن يتحمل ما ينفقه الوكيل عند تنفيذ العمل المعهود إليه بتنفيذه من الموكل .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى على هذا الالتزام فى المادة ٧١٠ السابق نصها ، كما نص عليه القانون المدنى الكويتى فى المادة ٧١٢ السابق نصها أيضا ، حيث ألزم كل منهما الموكل بأن يرد للوكيل كل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، إلا أن القانون المصرى ألزم الموكل بأن يرد فوائد المبالغ التى أنفقها الوكيل فى تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا من وقت الإنفاق ؛ أما القانون الكويتى فلم ينص على ذلك موافقا الفقه الإسلامى .

مقارنة :

مما سبق يتضح موافقة القانون المصرى والقانون الكويتى حول هذا الالتزام ، ولكن القانون المصرى خالف الفقه الإسلامى والقانون الكويتى فى وجوب رد الفوائد كما سبق .

الالتزام الرابع : الحقوق التى وجبت فى ذمة الوكيل :

يلتزم الموكل بكل الحقوق التى ترتبت فى ذمة الوكيل بسبب تنفيذه للوكالة تنفيذا معتادا .

---

(١) المادة ٩٢٦ من مرشد الحيران .

جاء فى تكملة ابن عابدين[1] ." ولو رد مبيع بعيب على وكيله بالبيع ببينه أو نكوله أو إقراره فيما لا يحدث مثله فى هذه المدة رده الوكيل على الآمر ".

وجاء فى مجمع الضمانات [2]. " الوكيل يرجع بضمان الاستحقاق على الموكل . "

موقف القانونين المصرى والكويتى :

كانت الفقرة الثانية من المادة ٧١٠ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص على هذا الالتزام حيث كانت تقضى بما يلى :

" ويلتزم الموكل ، إلى جانب ذلك أن يبرئ ذمة الوكيل مما عقده باسمه الخاص من التزامات تنفيذا للوكالة معتادا . " ولكن حذفت هذه الفقرة فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليها ، وليس النص إلا تطبيقا للقواعد العامة [3].

كذلك سكت القانون الكويتى عن النص على هذا الالتزام مما يعنى أنه يخضع للقواعد العامة أيضا .

مقارنة :

مما سبق يتضح موافقة القانون المصرى والقانون الكويتى للفقه الإسلامى حول هذا الالتزام .

الالتزام الخامس : تعويض الوكيل عن الأضرار التى تصيبه :

يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عن الضرر الذى يصيبه بسبب تنفيذ الوكالة أما إذا كان الضرر نتيجة خطأ الوكيل أو بسبب تقصير منه ، وليس بسبب

---

(١) حـ٧ ، ص٣٤٠ ، ٣٤١ .

(٢) ص٢٦٥ .

(٣) الوسيط للسنهورى، حـ٧،ص٥٥١؛ مجموعة الأعمال التحضيرية،حـ٥، ص٢١٨ .

التنفيذ ، كان الموكل غير مسئول عن هذا الضرر . لأن الوكيل مفوض عن الموكل وأمين له ، ولذلك يجب على الموكل أن يتحمل جميع ما ترتب في ذمة الوكيل من أضرار إلا إذا كان ذلك ناشئا عن تقصيره أو خطئه[1] .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

نص القانون المدنى المصرى فى المادة ٧١١ منه على أنه : " يكون الموكل مسؤولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا . "

كما نص القانون الكويتى فى المادة ٧١٣ منه على أنه : " يكون الموكل مسؤولا عما يصيب الوكيل من ضرر بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا ، ما لم يكن ذلك ناشئا عن خطئه . "

من هذين النصين يتضح تطابق القانون الكويتى مع القانون المصرى حول هذا الالتزام .

مقارنة :

مما سبق يتضح موافقة كل من القانونين للفقه الإسلامى حول هذا الالتزام الواجب على الموكل .

---

(١) المادتان ١٤٩١ ، ١٤٩٢ من المجلة ، والمادة ٧٨٦ من المجلة ؛ والمادة ٩٣٧ من مرشد الحيران .

المبحث الثانى

فى

آثار النيابة بالنسبة للغير

لمعرفة آثار الوكالة بالنسبة للغير نتكلم – بإيجاز – عن العقود التى يجب على الوكيل أن يضيفها إلى الموكل ، والعقود التى يجوز له أن يضيفها إلى نفسه أو إلى الموكل ، ثم نتكلم عن انصراف حكم العقد وحقوقه ولمن تعود ؟ وذلك حتى نصل إلى مدى إمكان قيام علاقة مباشرة بين الوكيل والغير ، أو بين هذا الأخير والموكل .

١ – العقود الواجب إضافتها إلى الموكل :

هناك طائفتان من العقود يجب على الوكيل أن يضيفها إلى موكله حتى ينصرف إليه حكم العقد وحقوقه . فإذا أضافها إلى نفسه فإن حكم العقد وحقوقه تنصرف إليه هو دون الموكل . وهاتان الطائفتان هما : عقود الإسقاطات وهى : النكاح والطلاق على مال ، والخلع ، والصلح عن دم العمد ، والصلح عن إنكار ، والإبراء من الدين ، والعتاق (١).

أما **الطائفة الثانية** فهى عقود القبض وهى الهبة والصدقة ، والإعارة ، والإيداع ، والرهن ، والقرض ، والشركة ، والمضاربة (٢). وقد سميت الأولى بعقود الإسقاطات . لأن فى كل منها إسقاطا لحق معين ، وسميت الثانية بعقود القبض . لأن الحكم فيها لا يتم إلا بالقبض .

---

(١) اللباب ، حـ٢ ، ص١٤١ ؛ البدائع ، حـ٧ ، ص٢٤٨٨ ؛ الكنز ، حـ٣ ، ص٣٥٧ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص١٨ ،١٩؛ مغنى المحتاج ، حـ٢ ،ص٢٣٠ .

(٢) المراجع السابقة .

٢- **العقود الجوازية :**

وهى ما عدا عقود الإسقاطات ، وعقود القبض ، وقد اختلف الفقهاء فيمن تضاف إليه ، وللحنفية فى ذلك اتجاهات ثلاثة :

الأول : وجوب إضافتها إلى الوكيل دون الموكل . لأن الغرض الأصلى من الوكالة هو تحمل الوكيل بأعباء العقد بدلا من الموكل . فيجب عليه إضافة العقد إلى نفسه حتى تعود إليه حقوقه . أما لو أضافه إلى الموكل فإن الحقوق ستعود إليه ، فلا يتحقق الغرض الأصلى من الوكالة [١].

الثانى : يخير الوكيل بين الإضافة إلى نفسه وبين الإضافة إلى الموكل ما لم يمنعه الموكل من إضافة العقد إليه أى إلى الأخير [٢].

الثالث : الأصل أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه ولا يصح له أن يضيفه إلى موكله . إلا إذا أجاز الموكل أن يضاف العقد إليه إما بإذن سابق أو بإقرار لاحق . [٣]

وللشافعية اتجاهان :

الأول : وجوب الإضافة إلى الوكيل وهو موافق للاتجاه الأول عند الحنفية . لأنه العاقد حقيقة فيجب إضافة العقد إليه [٤].

والثانى : جواز الإضافة إلى الوكيل أو الموكل[٥].وهو مذهب المالكية [٦]. والحنابلة[٧].

---

(١) الكنز ، حـ٧ ، ص١٤٧ ؛ حاشية ابن عابدين ، حـ٥ ، ص٥١٣ ، ٥١٤ .
(٢) الكنز ، حـ٧ ، ص٢٦٣ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٥ ، ص٢٨٥ وما بعدها .
(٣) تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص٢٨٥ وما بعدها.
(٤) نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص٤٨ .
(٥) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٢٣٠ ؛ نهاية المحتاج ، حـ٥ ، ص٤٨ .
(٦) بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧٣.
(٧) المغنى ، حـ٥ ، ص٢٦٣ .

٣- **انصراف حكم العقد إلى الموكل :**

حكم العقد هو أثره المترتب عليه وهو غرض العاقدين من إنشائه .

وقد اتفق الفقهاء [١]. على أن حكم العقد يعود إلى الموكل حتى لو أضاف الوكيل العقد إلى نفسه باستثناء عقود الإسقاطات والقبض كما سبق. وذلك لأن الموكل استنابه فى تحصيل الحكم ، فجعل نائبا فى حق الحكم للضرورة حتى لا يبطل مقصود الموكل .

ولأن الشرع أثبت أصل الحكم للموكل . لأن الوكيل إنما فعله بأمره وإنابته ، وفعل المأمور يضاف إلى الآمر لا إلى المأمور فوجب انصراف حكم العقد إلى الآمر لا إليه . غير أن بعض الحنفية - الكرخى [٢]. قال : ينتقل الحكم إلى الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل . وبعضهم - الدباس . قال : ينتقل إلى الموكل وما الوكيل إلا أداة لكسب الحكم [٣]. وبعضهم - القاضى أبو زيد [٤]- قال : الوكيل نائب فى تحصيل الحكم وليس أصيلا فينصرف الحكم إلى الموكل ابتداء على هذا الأساس .

أما جمهور الفقهاء[٥]. فيذهبون إلى أن الحكم ينتقل إلى الموكل مباشرة ، لأن العقد له فوقع الملك له كما لو عقده بنفسه .

٣-**انصراف حقوق العقد :** حقوق العقد هى ما يستتبعه العقد من

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص٣٤٧٨ ؛ بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧٣ ؛ المهذب ، حـ١ ، ص٣٥٦ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٢٦٣ .

(٢) تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص٢٩١ ، ٢٩٢ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص١٥١ ؛ تكملة فتح القدير ، حـ٨ ، ص ١٦ ،١٨ .

(٣) البزازية ، حـ٣ ، ص٤٨٨ ، والمراجع السابقة .

(٤) البزازية ، حـ٣ ، ص٤٨٨ ، والمراجع السابقة .

(٥) بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧٣ ؛ المهذب ، حـ١ ، ص٣٥٦ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص٢٦٣ .

التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتقرره وتكمله مما يثبت حقا لطرفيه .

وقد اختلف الفقهاء فيمن تتصرف إليه هذه الحقوق ، هل تعود إلى الوكيل على أساس أنه هو العاقد حقيقة، أو إلى الموكل على أساس أن العقد ، انعقد لمصلحته ؟ .

فذهب الحنفية [1]. إلى أن حقوق العقد تتصرف إلى الوكيل دون الموكل. فى حالة ما إذا أضافه إلى نفسه . لأن الوكيل هو العاقد حقيقة فهو أصل فى العقد ، بدليل أنه يستغني عن إضافته إلى الموكل. فوجب انصراف حقوق العقد إليه .

إلا إذا كان الوكيل محجورا فتتصرف إلى الموكل دون الوكيل. والأصل عند المالكية[2].أن حقوق العقد تتعلق بالوكيل.غير أنهم فرقوا فى حالة الوكالة بالبيع بين ما إذا كانت فى بيع الدار والعقار ، وما إذا كانت فى بيع السلع .

فإذا كانت فى بيع الدار والعقار فإن الوكيل لا يقبض الثمن إلا بتوكيل خاص . لأن العرف والعادة أن وكيل بيع الدار والعقار لا يقبض الثمن ، أما إذا جرى العرف بقبض الثمن فى هذا البيع فإنه يجوز له قبضه . أما الوكيل فى بيع السلع فإنه يقبض الثمن .

هذا هو الأصل عندهم ، واستثناء من هذا الأصل تتصرف الحقوق إلى الموكل دون الوكيل فى الحالات الآتية :

١-إذا صرح الوكيل للغير بأنه برئ من العهدة .

٢- إذا علم الغير بوجود الوكالة . إلا إذا كان الوكيل مفوضا فللعاقد الآخر أن يرجع على الموكل أو الوكيل .

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص٣٤٧٦، ٣٤٧٧ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص٢٨٨ .
(٢) بداية المجتهد ، حـ٢ ، ص٢٧٣ .

٣- إذا كانت طبيعة عمل الوكيل أنه يتعاقد نيابة عن الغير كالمحامى والسمسار .

والأصل عند الشافعية[١]. أن حقوق العقد تعود إلى الموكل دون الوكيل . ولكنه يجوز أن تنصرف إلى الوكيل . إذا أذن له الموكل فى ذلك .

وفى كتبهم ما يفيد التفرقة بين حقوق العقد المتصلة بتكوينه ، كخيار المجلس ، وحقوق العقد المتصلة بآثاره كالمطالبة بالثمن **فالأولى** تنصرف إلى الوكيل ، أما **الثانية** فتنصرف إلى الموكل .

وعند الحنابلة [٢]. تنصرف حقوق العقد إلى الموكل ، ولكن جاء فى المغنى ما يفيد جواز انصرافها إلى الوكيل . فقد جاء فى صفحة ٢٦٣،٢٦٤ " وإن كان الثمن فى الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به " .

والراجح ما ذهب إليه الحنفية لقوة وجهه ، ولأن الأخذ به يحقق الحكمة من الوكالة ، وهى تحمل الوكيل بأعبائها بدلا من الموكل ، كما أن فيه حماية للغير حسن النية ، لأنه اعتمد على التعامل مع العاقد حقيقة وهو الوكيل .

٥- علاقة الموكل بالغير :

لما كانت حقوق العقد الذى يضيفه الوكيل إلى نفسه تنصرف إلى الموكل على سبيل الأصل عند الشافعية والحنابلة فإن الغير يرجع على الموكل بالالتزامات الواجبة عليه لهذا الغير . ويرجع عليه الموكل بالحقوق الواجبة له فى ذمته ، فتقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذى تعاقد مع الوكيل . غير أنه يجوز عندهم إذا كان الشراء بوكيل أن يرجع الغير بالثمن على الوكيل باعتباره كفيلا للموكل إلى جانب رجوعه على الموكل باعتباره أصيلا

---

(١) مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص٢٣٠ ، ٢٣٢ ؛ حاشية الجمل ، حـ٣ ، ص٤١٧ . .
(٢) المغنى ، حـ٥ ، ص٢١٩ ، ٢٢٠ .

أما الحقوق التى للوكيل فى ذمة الغير ، فيستطيع كل من الموكل والوكيل أن يقتضيها منه على أساس أنها من مقتضيات الوكالة فهى تتمة لها.

ولما كانت حقوق العقد الذى يضيفه الوكيل إلى نفسه تتصرف إليه عند الحنفية ، فإنه لا تقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير عندهم .

غير أنه لما كانت هذه القاعدة مقررة لحماية الغير الذى اعتمد التعامل مع الوكيل بعد أن أضاف العقد إلى نفسه ، فإنه إذا لم يتضرر من التعامل مع الموكل مباشرة جاز أن تقوم بينهما علاقة مباشرة . والأصل عند المالكية عدم قيام علاقة مباشرة بين الغير والموكل ، ولكن يجوز استثناء قيام هذه العلاقة بينهما . وذلك فى الحالات الاستثنائية التى ترجع العهدة فيها على الموكل . كما سبق .

٦- علاقة الوكيل بالغير :

هذه العلاقة تخضع لما تم بينهما من تعاقد ، فإن كان العقد الذى تم بينهما من العقود الواجب إضافتها إلى الموكل أو من العقود الجوازية وأضافه الوكيل إلى الموكل ، فإن مهمة الوكيل تنتهى بمباشرة العقد ، ولا تقوم علاقة بينه وبين الغير .

أما إذا كان العقد من العقود الجوازية ، وأضافه الوكيل إلى نفسه ، فإنه تقوم علاقة مباشرة بينه وبين الغير . ويستطيع هذا الأخير أن يلزم الوكيل بالحقوق المترتبة على العقد . وليس لهذا الأخير أن يتخلى عنها .

وهذا عند الحنفية ، وكذلك الأصل عند المالكية ، أما فى الحالات الثلاث المستثناه ، فتقوم علاقة بين الموكل والغير ولا تقوم بينه وبين الوكيل .

وعند الشافعية والحنابلة لا تقوم علاقة مباشرة بين الغير والوكيل – باستثناء بعض الصور – لأن حقوق العقد عندهم تتصرف إلى الموكل لا إلى

الوكيل على سبيل الأصل .

موقف القانونين المصرى والكويتى :

أحالت المادة٧١٣من القانون المدنى المصرى إلى المواد من١٠٤-١٠٧ الخاصة بالنيابة فى التعاقد فيما يتعلق بعلاقة كل من الموكل والوكيل بالغير، وقد نصت المادة ١٠٤ منه على ما يلى : " ١- إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإدارة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما .

٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها " .

وقضت المادة ١٠٥ منه بأنه : " إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ من هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل .

وجاء فى المادة ١٠٦ أنه : " إذا لم يعلم العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " .

كما أن القانون المدنى الكويتى أحال إلى المواد من ٥٦ إلى ٦١ الخاصة بالنيابة فى التعاقد فى علاقة الموكل بمن يتعاقد معه الوكيل ، وقد نصت المادة ٥٦ منه على أنه : " ١- فى التعاقد بطريق النيابة ، تكون العبرة بشخص النائب ، لا بشخص الأصيل ، فى اعتبار عيوب الرضاء ، أو أثر

العلم أو الجهل ببعض الظروف الخاصة .

٢- ومع ذلك ، إذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق ، وتصرف النائب وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل ، فإنه لا يكون لهذا الأخير ، في حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو ، أو كان مفروضا أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب " .

ونصت المادة ٥٧ منه على أنه : " إذا أبرم النائب ، فى حدود نيابته ، عقدا باسم الأصيل ، فإن كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل " .

ونصت المادة ٥٨ منه على أنه : " إذا لم يظهر النائب ، وقت إبرام العقد ، أنه يتعاقد باسم الأصيل ، فإن المتعاقد معه لا يجبر على اعتبار العقد قائما بينه وبين الأصيل ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان مفروضا فيه أن يعلم ، أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يكون التعاقد حاصلا مع النائب أو الأصيل " .

ونصت المادة ٥٩ منه على أنه : " إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبرا على اعتبار التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل ولم يرتضه ، اعتبر التعاقد حاصلا بينه وبين النائب شخصيا ، دون أن يكون للنائب أن يتمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل " .

وفى المادة ٦٠ نص على أنه : " فى النيابة الاتفاقية ، إذا تعاقد النائب باسم الأصيل ، بعد انتهاء نيابته ، كان لمن تعاقد معه أن يعتبر التعاقد حاصلا مع ذلك على أساسها ، إذا كان هو والنائب ، عند التعاقد لا يعلمان بانتهاء النيابة ، ولم يكن فى مقدورهما أن يعلما به ، لو أنهما بذلا من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الشخص العادى " .

أما المادة ٦١ فقد نصت على أنه : " ١- إذا أبرم شخص عن آخر عقدا بغير نيابة ، أو كان قد تجاوز بإبرامه حدود نيابته ، فإن آثار هذا العقد لا تنصرف إلى الأصيل ، إلا إذا حصل إقراره وفقا للقانون .

٢- فإذا لم يحصل إقرار التصرف ، كان للمتعاقد الآخر أن يرجع على من اتخذ صفة النيابة أو تجاوز حدودها ، بغير عذر مقبول ، بالتعويض عن الضرر الناجم له ، ما لم يكن يعلم بانتفاء النيابة أو يتجاوز حدودها ، أو كان مفروضا فيه أن يعلم ذلك " .

من هذه النصوص يتضح تطابق القانون الكويتي مع القانون المصرى فيما يتعلق بآثار النيابة فى التعاقد فى علاقة الموكل والوكيل بالغير الذى تعاقد مع الوكيل ، ويستفاد من هذه النصوص ، أن الوكيل إما أن يتعاقد باسم الموكل ، وإما أن يتعاقد باسمه هو ، فإذا تعاقد باسم الموكل - وهى الحالة الغالبة فى التعامل - بأن أضاف العقد إليه ، فإما أن يعمل فى حدود وكالته لا يتعداها ، وإما أن يعمل خارج هذه الحدود . فإذا عمل فى حدودها ، فإن أثر العقد ينصرف إلى الموكل لا إليه ، وتقوم علاقة مباشرة بينه وبين الغير الذى تعاقد مع الوكيل ، فيرجع كل منهما على الآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ، ولا تقوم علاقة بين الوكيل والغير ، ولا يسأل الوكيل إلا عن خطئه هو .

أما إذا خرج عن حدود وكالته ، فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الموكل وإنما ينصرف إليه هو ، وكذلك إذا عمل بدون نيابة ، أو عمل بعد انتهائها ، وذلك باستثناء حالة ما إذا خرج الوكيل عن حدود الوكالة ، وكان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفا ، وكانت الظروف يغلب معها الظن أن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا الخروج ، ففى هذه الحالة ينصرف أثر التصرف إلى الموكل على أساس نيابة قانونية تقوم على إرادة مفترضة .

وقد يجاوز الوكيل حدود الوكالة أو يعمل بدون وكالة أو يعمل بعد انتهائها ، ومع ذلك ينصرف أثر العقد إلى الموكل لا إليه ، وذلك فى الوكالة الظاهرة إذا توافرت شروطها ، وأهمها حسن نية المتعاقد مع الوكيل ، وقيام مظهر خارجى للوكالة منسوب إلى الموكل ، إما إذا تعاقد الوكيل باسمه هو بأن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى الموكل ، فإن حقوق العقد تنصرف إليه هو لا إلى الموكل ، وتقوم علاقة مباشرة بين الوكيل المسخر وبين الغير ، فيرجع كل منهما على الآخر بالحقوق والالتزامات الناشئة عن التعاقد الذى تم بينهما ، ولا تقوم أية علاقة بين هذا الأخير وبين الموكل ، باستثناء حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بأن الوكيل المسخر يتعاقد لحساب الموكل ، وكان يقصد أن يتعامل مع الموكل لا مع الوكيل ، ففى هذه الحالة تقوم علاقة مباشرة بين الموكل والغير الذى تعاقد مع الوكيل.

أما إذا كان يقصد أن يتعامل مع الوكيل ، فإن العلاقة تقوم بينه وبين هذا الوكيل فقط . باستثناء حالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل ، فإذا أفصح الموكل عن شخصيته كان للغير أن يرجع عليه وكان له أن يرجع عليه وكان له أن يرجع على الغير بالحقوق والالتزامات الناشئة عن التعاقد الذى تم بينه وبين الوكيل ، وفيما عدا هذين الاستثناءين تنصرف حقوق العقد إلى الوكيل المسخر لا إلى الموكل .

وأخيرا يجب على الوكيل المسخر أن ينقل إلى موكله جميع الحقوق التى كسبها باسمه من التعاقد وأهمها نقل الملكية ، كما يجب على الموكل أن يبرئ ذمة الوكيل المسخر من الالتزامات الناشئة عن التعاقد الذى تم باسمه المسخر[١] .

---

(١) لمزيد من التفصيل ، انظر ، عقد الوكالة للمؤلف ، ص٣٣٨ وما بعدها .

مقارنة :

من العرض السابق لآثار الوكالة بالنسبة للغير في الفقه الإسلامي والقانونين المصرى والكويتى يتضح ما يلى :

١-أن القانونين اتفقا مع الفقه الإسلامى على أن حكم العقد وحقوقه تعود إلى الموكل إذا تعاقد الوكيل باسم الموكل ، وتقوم علاقة مباشرة بينه وبين الغير ، ولا تقوم بين هذا الأخير والوكيل أية علاقة .

٢-إذا تعاقد الوكيل باسمه هو ، فإن حكم العقد يعود إلى الموكل باتفاق الفقهاء ، أما حقوقه ، فقد ذهب الحنفية ومن معهم إلى أنها ترجع إلى الوكيل ، وتقوم العلاقة بينه وبين الغير ، ما لم يكن الوكيل محجورا من التصرفات ، أما إذا كان محجورا فإن هذه الحقوق تعود إلى الموكل حماية للغير الذى تعاقد مع الوكيل .

والأصل عند الشافعية والحنابلة أن حقوق العقد تعود إلى الموكل ، فتقوم علاقة بينه وبين الغير ، ويجوز عندهم قيام هذه العلاقة بين الوكيل والغير ، أما فى القانونين ، فإن شخصية الموكل تختفى من التعاقد نهائيا ، وتعود إلى الوكيل حقوق العقد وحكمه ، إذا تعاقد الوكيل باسمه هو لا باسم الموكل ، وتقوم العلاقة بينه وبين الغير الذى تعاقد معه ، ولا تقوم علاقة بين الموكل وبين هذا الغير باستثناء بعض الحالات كما سبق [١].

---

(١) أنظر ، عقد الوكالة ، للمؤلف ، ص ٣٥٦ ، ٣٥٧.

الفصل الثالث

فى

انتهاء النيابة الاتفاقية

تنتهى الوكالة بأمور كثيرة ، منها ما يكون فى جانب الموكل أو الوكيل. ومنا ما يكون خاصا بالموكل ، ومنها ما يكون خاصا بالوكيل ، ومنها ما يكون خاصا بمحل الوكالة .

أولاً : الأمور التى تكون فى جانب الموكل أو الوكيل :

١- العزل :

لما كانت الوكالة من العقود الجوازية ، فإنه يجوز لأحد الطرفين التخلص منها . فللموكل أن يعزل الوكيل ، وللوكيل أن يعزل نفسه [١]. غير أنه يشترط لصحة عزل الوكيل من قبل الموكل أن يكون الوكيل عالما بالعزل، وألا يتعلق بالوكالة حق الغير ، وألا تكون مأجورة عند المالكية .

٢- موت الموكل أو الوكيل :

تبطل الوكالة أيضا بموت الموكل أو الوكيل [٢]. لأن الموت مبطل لأهلية التصرف ، ولأن الوكيل نائب عن الموكل فى ماله ، وقد انتقل هذا المال بالوفاة إلى ورثته فلا يلزمهم ما باع أو اشترى .

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٨٩ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص ٣٨٢ ؛ الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ، حـ٣ ، ص ٣٥٦ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٢٣٢ ؛ المهذب ، حـ١ ، ص ٣٥٦ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٤٢.

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٨٩ ؛ حاشية الدسوقى ، حـ٣، ص ٣٥٦ ؛ مغنى المحتاج، حـ٢ ، ص ٢٣٢ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٤٢.

٣- جنون الموكل أو الوكيل :

تبطل الوكالة إذا جن الموكل أو الوكيل جنونا مطبقـــا [١]. لأن الجنـــون المطبق مبطل لأهلية الآمر ، فإذا جن أحدهما بطلت أهليته ، فتبطل وكالته .

٤- إغماء الموكل أو الوكيل :

ذهب الشافعية فى الصحيح [٢]. إلى أن الإغمــــاء مبطـــل للوكالـــة لأن الإغماء يجعل الإنسان غير أهل للقيام بالتصرفات فتبطل به الوكالة .

وذهب جمهور الفقهاء [٣]. إلى عدم بطلان الوكالة بالإغمــــاء . لأنـــه لا يخرج الوكيل عن أهلية التصرف .

الحجر على الموكل أو الوكيل :

تبطل الوكالة بالحجر على الموكل لفلس و كانت الوكالة فى أعيان مالـــه. لأن الحجر عليه يبطل أهليته فى التصرف فى مالـــــه ، وإذا بطلـــت أهليتـــه بطلت وكالته .

كما تبطل الوكالة إذا حجر على الوكيل لسفه . لخروجـــه عـــن أهليـــة التصرف بهذا الحجر ، أما إن حجر عليه لفلس فلا تبطل وكالته . لأنه بـــهذا الحجر لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف [٤].

---

(١) البدائع ، حـــ٧ ، ص ٣٤٨٨ ؛ حاشية الدســـوقى ، حـــــ٣، ص ٣٥٦ ؛ المـــهذب ، حـــ١، ص ٣٥٧ ؛ المغنى ، حـــ٥ ، ص ٢٤٢.

(٢) مغنى المحتاج ، حـــ٢ ، ص ٢٣٢ ؛ نهاية المحتاج ، حـــ٥ ، ص ٥٥ ؛ المـــهذب ، حـــ١، ص ٣٥٧.

(٣) المغنى ، حـــ٥ ، ص ٢٤٤ ؛ كشاف القناع ، حـــ٢ ، ص ٤٤٧.

(٤) البدائع ، حـــ٧ ، ص ٣٤٩٠ المهذب ، حـــ١، ص ٣٥٧ ؛ حاشية الدسوقى ، حـــ٣، ص ٣٥٦ ؛ كشاف القناع ، حـــ٢ ، ص ٤٤٧ .

ثانياً : الأمر الخاص بالموكل :

تبطل الوكالة أيضا إذا تصرف الموكل بنفسه فى محل الوكالة ، تصرفا يعجز معه الوكيل عن تنفيذ الوكالة [1]. لأن الأمر بالفعل لا يقتضى التكرار ، فإذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الأمر كما فى الأوامر الشرعية [2].

ثالثاً : الأمر الخاص بالوكيل :

ذهب الشافعية فى قول [3]. إلى بطلان الوكالة بتعدى الوكيل فيما وكل فيه . لأن الوكالة عقد أمانة فتبطل بالتعدى كالوديعة .

وذهب الحنابلة [4]. والشافعية فى قول آخر [5]. إلى عدم بطلان الوكالة بالتعدى . لأن العقد يتضمن أمانة وتصرفا ، فإذا تعدى الوكيل فيه بطلت الأمانة وبقى التصرف .

ولأن الوكيل إذا تصرف فقد تصرف بإذن موكله فصح كما لو لم يتعد .

رابعاً : الأمر الخاص بمحل الوكالة :

تبطل الوكالة أيضا بتلف ما تعلقت به [6]. لهلاك محل الوكالة . فالتصرف فى المحل لا يتصور بعد هلاكه والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل [7].

---

(١) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٩٠ ؛ البحر الرائق ، حـ٧ ، ص ١٩٠ ؛ مغنى المحتاج ، حـ٢ ، ص ٢٣٣ ؛ المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٤٦.

(٢) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٩١ ؛ تكملة ابن عابدين ، حـ٧ ، ص٣٩٣.

(٣) المهذب ، حـ١ ، ص ٣٥٧.

(٤) المغنى ، حـ٥ ، ص ٢٤٤ ؛ كشاف القناع ، حـ٢ ، ص ٤٤٧.

(٥) المهذب ، حـ١ ، ص ٣٥٧.

(٦) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٩١ ؛ الفتاوى الهندية ، حـ٣ ، ص ٦٣٨ ؛ المغنى ، حـ٥، ص٢٤٦.

(٧) البدائع ، حـ٧ ، ص ٣٤٩١.

موقف القانونين المصرى والكويتى :

أحكام انتهاء الوكالة فى القانون المدنى المصرى ، نصت عليها المواد ٧١٤ ، ٧١٥ ، ٧١٦ منه ، فجاء فى المادة ٧١٤ أنه : " تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه ، أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة ، وتنتهى أيضا بموت الموكل أو الوكيل ".

وجاء فى المادة ٧١٥ أنه : " ١- يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذى لحقه من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول .

٢- على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى ، فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه ".

وجاء فى المادة ٧١٦ أنه : " ١- يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنازل بإعلانه للموكل ، فإذا كانت الوكالة بأجر ، فإن الوكيل يكون ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنازل فى وقت غير مناسب وبغير عذر مقبول .

٢- غير أنه لا يجوز للوكيل أن ينزل عن الوكالة متى كانت صادرة لصالح أجنبى ، إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك ، على أن يخطر الأجنبى بهذا التنازل ، وأن يمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يلزم لصيانة مصالحه ".

وجاء فى المادة ٧١٧ أنه : " ١- على أى وجه كان انتهاء الوكالة ، يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف .

٢- وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل ".

وأخيرا تنتهى الوكالة ، إذا استحال تنفيذها طبقا للقواعد العامة ، فقد نصت المادة ٣٧٣ من القانون المدنى على أنه : " ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه ". وهذا النص يسرى على عقد الوكالة .

كما نص القانون الكويتى على أحكام انتهاء الوكالة فى المواد من ٧١٦ - ٧١٩ ، فجاء فى المادة ٧١٦ أنه : " تنتهى الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه أو بانقضاء الأجل المعين للوكالة ، كما تنتهى أيضا بموت الموكل أو موت الوكيل أو بفقد أحدهما لأهليته ".

وجاء فى المادة ٧١٧ أنه : " ١- للموكل فى أى وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته ولو وجد اتفاق يخالف ذلك .

٢- على أنه إذا كان للوكيل أو للغير مصلحة فى الوكالة ، فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها أو يقيدها دون موافقة من له المصلحة .

٣- وفى كل حال ، يلتزم الموكل بتعويض الوكيل عما يلحقه من ضرر من جراء عزله فى وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول ".

وجاء فى المادة ٧١٨ أنه : " ١- للوكيل فى أى وقت أن يتنحى عن وكالته ، ولو وجد اتفاق يخالف ذلك ، ويتم التنحى بإعلانه للموكل ، ويكون الوكيل ملزما بتعويض الموكل عن الضرر الذى لحقه من جراء التنحى فى وقت غير مناسب وبغير عذر معقول .

٢- على أنه لا يجوز للوكيل أن يتنحى عن الوكالة متى كان لأحد من الغير مصلحة فيها إلا إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك ، على أن يخطر الغير بهذا التنحى ، ويمهله وقتا كافيا ليتخذ ما يراه مناسبا لرعاية مصالحه ".

أما المادة ٧١٩ فقد نصت على أنه : " ١- إذا انتهت الوكالة قبل إتمام العمل الموكل فيه ، وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى مرحلة لا يخشى معها ضرر على الموكل .

٢- وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل ، يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية ، وكانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى إخطار الموكل بوفاة مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل ".

من هذه المواد يتضح تطابق القانون المدنى الكويتى مع القانون المدنى المصرى ، حول الأسباب التى تنتهى بها الوكالة .

مقارنة :

مما سبق يتضح أن القانونين المصرى والكويتى يتفقان فى مجموعهما مع الفقه الإسلامى ، حول أسباب انتهاء الوكالة .

أهم المصادر

أولا : القرآن الكريم وعلومه

١-القرآن الكريم .

٢- تفسير ابن كثير : الإمام الجليل ، الحافظ عماد الدين ، أبو الفداء ، اسماعيل بن كثير القرشى المتوفى سنة ٧٧٤هـ . ط - مكتبة التراث الإسلامى - حلب سنة ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م .

٣- المنتخب فى تفسير القرآن الكريم : المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ط٦ - ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨ م .

ثانيا : الحديث

٤- فتح البارى بشرح البخارى : الحافظ شهاب الدين أبو الفضل العسقلانى ، المعروف بابن حجر ، المولود سنة ٧٧٣هـ والمتوفى سنة ٨٥٢ هـ .
مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر سنة ١٣٧٨ هـ - سنة ١٩٥٩ م .

٤- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : محمد بن على محمد الشوكانى ، المولود سنة ١١٧٢ هـ - والمتوفى سنة ١٢٥٠ هـ ، ط ، شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م .

٦- سبل السلام : السيد الإمام محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير . ط٤ ، مطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ، سنة ١٣٣٩ هـ - ١٩٦٠ م .

ثالثا : علوم اللغة العربية

٧- لسان العرب : ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم الأنصارى ، سنة ٦٣٠ هـ - ٧١١ هـ ، ط - دار لسان العرب - بيروت .

٨- النهاية : ابن الأثير الجزرى المتوفى فى إحدى قرى الموصل ، سنة ٦٠٦هـ - ١٢١٠ م . طبع المطبعة العثمانية بالقاهرة ، سنة ١٣١١ هـ والمطبعة الخيرية بالقاهرة سنة ١٣٢٢ هـ .

رابعا : كتب الفقه المذهبى

١- الفقه الحنفى

٩- شرح فتح القدير: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٦٨١ هـ ؛ مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ، ط -١- ١٣٨٩ هـ - ١٩٧٠ م .

١٠- الهداية شرح بداية المبتدى: شيخ الإسلام برهان الدين على ابن أبى بكر المرغينانى ، المتوفى سنة ٥٩٣ هـ ، مع شرح فتح القدير فى مجلد واحد .

١١- حاشية المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار : خاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين ، ط-٢ - ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م . طبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

١٢- البحر الرائق شرح كنز الدقائق : العلامة زين الدين بن بجيم الحنفـــى ، ط٢ ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بـيروت – لبنان .

١٣- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق : العلامة فخر الدين عثمان ابن علـــى الزيلعى الحنفى ، ط ١ ، المطبعـــة الكـبرى الأميرية ببـــولاق ، مصـــر المحميـــة ســنة ١٣١٤هـــ.

١٤- حاشية الشلبى : شهاب الدين أحمد الشلبى ، بـــهامش تبييـــن الحقائق ، شرح كنز الدقائق .

١٥- المبســـوط : شـــمس الديـــن السرخســـــى ، ط ٢ – دار المعرفة للطباعة والنشر – بيروت – لبنان .

١٦- بدائع الصنائع : علاء الدين أبو بكر مسعود الكاسانى الحنفـــى المتوفى سنة ٥٧٨هـــــ ، مطبعـــة الإمـــام بالقاهرة .

١٧- اللباب فى شرح الكتاب : الشيخ عبدالغنى الغنيمى الدمشـــقى الميدانـــى الحنفى ، أحد علماء القرن الثـــالث عشـــر ، مطبعة دار الحديث – بيروت .

١٨- الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية : الإمام فخر الدين حســـن ابن منصور الأوز جندى الفرغانى الحنفـــى المتوفى ســـنة ٢٩٥ . مطبعـــة دار إحيـــاء التراث العربى ببـــيروت – لبنـــان ، ط٣ ، ١٤٠٠ هـــ – ١٩٨٠ م .

١٩- الفتاوى البزازية المسماة بالجامع الوجيز : الإمام حافظ الدين محمد بـــن محمد شهاب المعروق بابن البزاز الكـــردى الحنفى ، المتوفى سنة ٨٢٧ هـــ . بـــهامش

الفتاوى الهندية ط٣ ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠م مطبعة دار إحياء التراث العربى ببيروت - لبنان .

٢٠- مجمع الضمانات : أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادى ، ط١ -١- ، ١٣٠٨ هـ المطبعة الخيرية .

٢١- المجلة أو جامع الأدلة على مواد المجلة : عزتلو نجيب بك هواوينى ، المطبعة الشرفية ، لبنان ، ١٩٠٥ م .

٢٢- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان : محمد قدرى باشا ، ط٥ ، ١٩٣٤ م ، المطبعة الأميرية ببولاق .

٢- الفقه المالكى

٢٣-حاشية الدسوقى : العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى ، ط١ سنة ١٣٢٩ هـ . مطبعة التقدم العلمية بمصر .

٢٤- الشرح الكبير : أبو البركات سيدى أحمد الدردير . بهامش حاشية الدسوقى .

٢٥- مواهب الجليل مختصر أبى الضياء سيدى خليل : أبو عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربى الأصل المكى المولد الرعينى ، المعروف بالحطاب المولود فى ليلة الأحد ثانى عشر رمضان سنة ٩٠٢ المتوفى ثانى ربيع الثانى سنة ٩٥٤ ، ط١ ، سنة ١٣٢٩ هـ ، مطبعة السعادة .

٢٦- التاج والإكليل لمختصر خليل : أبو عبدالله سيدى محمد بن يوسف بن أبى القاسم العبدرى الشهير بالمواق المتوفى فى رجب سنة ٨٩٧ هـ ، بهامش مواهب الجليل .

٢٧- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل : الشيخ صالح عبدالسميع الأبى الأزهرى ، ط ، عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

٢٨- شرح الخرشى : أبو عبدالله محمد الخرشى،ط١،١٣٠٨ هـ ،المطبعة الخيرية المنشأة بجمالية مصر المحمية .

٢٩- بداية المجتهد ونهاية المقتصد : ابن رشد ، المكتبة التجارية الكبرى بمصر .

٣٠- قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية : محمد بن أحمد بن جزى الغرناطى المالكى ، ط١٩٧٤ م . مطبعة دار العلم للملايين - بيروت .

٣- الفقه الشافعى

٣١- المهذب : أبو اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروزابادى الشيرازى ، مطبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه بمصر .

٣٢- تكملة المجموع شرح المهذب : المحقق محمد نجيب المطيعى ، مطبعة الإمام بمصر .

٣٣- مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج : الشيخ محمد الشربينى الخطيب ، ط ، مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر ، سنة ١٣٧٧ هـ -١٩٥٨م.

٣٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج : شمس الدين محمد أبى العباس أحمد ابن حمزة بن شهاب الدين الرملى المنوفى المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير

، المتوفى سنة ١٠٠٤ هـ الطبعة الأخيرة ، ١٣٨٦-١٩٦٧ م ، مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر .

٣٥-حاشية الجمل : سليمان الجمل ، ط دار إحياء التراث العربى .

٤٦- شرح المنهج : شيخ الإسلام زكريا الأنصارى بهامش حاشية الجمل .

٤- الفقه الحنبلى

٤٧- المغنى : موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامه المتوفى ، سنة ٦٣٠ هـ ، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ومكتبة المؤيد بالطائف

٤٨- كشاف القناع : منصور بن يونس بن أدريس ، نشر مكتبة النصر الحديثة بالرياض .

٤٩- الروض المربع: منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، ط٦ ، ١٣٨٠ ، القاهرة ، المطبعة السلفية .

٥٠- منتهى الإيرادات فى جمع المقتع : تقى الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلى المصرى الشهير بابن النجار ، ط - دار العروبة بمصر ١٣٨١هـ -١٩٦١ م .

٥- الفقه الظاهرى

٥١- المحلى : أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى ، سنة ٤٥٦ هـ . إدارة الطباعة المنيرية بمصر .

الفهرس